



EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

DESPIDO POR INCAPACIDAD TEMPORAL: ¿DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD O REPRESALIA POR EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL?

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,
de 18 de diciembre de 2007*

ESTHER CARRIZOSA PRIETO *

SUPUESTO DE HECHO: El pronunciamiento analiza el despido disciplinario de un trabajador que lleva prestando servicios para la empresa SEAT desde el 1 de febrero de 2003. Si bien el despido se produce el 25 de julio de 2005, alegando disminución continuada del rendimiento en el trabajo, el reconocimiento de la improcedencia no se produce hasta el 16 de septiembre de 2005, una vez realizado el intento de conciliación e interpuesta la demanda ante la jurisdicción social. La indemnización no se puso a disposición del trabajador hasta el 21 de septiembre.

En el momento del despido el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, situación que se había iniciado con baja médica el 17 de enero de 2005 y que finalizó con alta médica el 16 de septiembre. Durante el año anterior el trabajador había estado en situación de incapacidad temporal por enfermedad en cuatro períodos, con una duración total de 39 días. Además, se da la circunstancia de que en la misma fecha fueron despedidos otros 40 trabajadores mediante comunicación disciplinaria con idéntica imputación (23 de ellos estaban en situación de incapacidad temporal en el momento del despido). En un comunicado hecho público por la empresa ante la convocatoria de un paro de protesta por los representantes sindicales, se decía aludiendo al despido de estos trabajadores: «*El despido responde a la disminución del rendimiento laboral por absentismo registrado por dichos trabajadores y se produce al*

* Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

amparo del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores. El absentismo supone un problema real que afecta tanto a la empresa como a sus empleados, puesto que perjudica el buen funcionamiento de la compañía y compromete su futuro y el de la propia plantilla. Por ello, la empresa ha tomado y seguirá tomando medidas para contrarrestar este problema y asegurar la competitividad y los puestos de trabajo».

El trabajador impugna el despido ante el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, solicitando la declaración de nulidad por inadecuación de procedimiento, defectos formales y por su carácter discriminatorio. La sentencia de instancia, de 25 de octubre de 2005, estima la petición y la empresa SEAT interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que dictó sentencia, de 7 de septiembre de 2006, en la que confirma la sentencia de instancia. Contra esta resolución se interpone ante el TS recurso de casación para unificación de doctrina, denunciado contradicción entre la Sentencia de 7 de septiembre de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2005.

RESUMEN: El Tribunal Supremo (RJ 2008\800) admite el recurso de casación y declara que al despido producido durante una situación de incapacidad temporal, en aquellos casos en que no responda a ninguna de las causas establecidas en la regulación estatutaria, no le corresponde la calificación de nulidad sino la de improcedencia. Y ello porque un despido producido en estas circunstancias ni es un despido discriminatorio, por no ser la enfermedad una de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o la ley, ni es lesivo de un derecho fundamental al no estar reconocido el derecho constitucional a la salud dentro de la Sección Primera, Capítulo II, del Título I de la Constitución.

ÍNDICE

1. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CONCEPTO Y FINALIDAD
2. LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS CAUSAS DEL DESPIDO
3. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DURANTE EL PERIODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR IT: LA REGULACIÓN LEGAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TS
4. CONCLUSIONES



1. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CONCEPTO Y FINALIDAD

La extinción empresarial de la relación laboral durante el período de suspensión del contrato por las causas previstas en regulación legal (art. 45 ET) ha generado siempre serias dudas sobre la calificación jurídica que ha de recibir el acto extintivo, sobre todo en aquellos casos en que, en atención a las especiales circunstancias que la generan, la interrupción temporal de la relación laboral se impone como condición de obligada observancia para el empresario. Las dificultades que presenta la calificación de un despido durante el periodo de incapacidad temporal derivan de dos factores fundamentalmente. El primero de ellos se refiere al significado y finalidad con que la institución de la suspensión se regula en el ámbito laboral, circunstancia que nos ha de aportar orientación significativa sobre su carácter obligatorio y las materias precisas sobre las que recae esta obligatoriedad. El segundo, la posibilidad/imposibilidad de compatibilizar los efectos que derivan de la suspensión (interrupción de las principales obligaciones de la partes) con otras instituciones del ámbito laboral, esencialmente el despido.

La doctrina científica suele definir la suspensión como una interrupción temporal de las prestaciones fundamentales que constituyen el objeto del contrato de trabajo fundada en avatares relacionados con la vida personal o profesional del trabajador o con el funcionamiento de la empresa¹. Efectivamente, una atenta consideración de las diversas causas que se mencionan en la regulación estatutaria, excluyendo el mutuo acuerdo de las partes, pone de manifiesto la posibilidad de aglutinarlas en torno a tres circunstancias claramente diferenciadas: acontecimientos impeditivos de la vida profesional del trabajador (incapacidad temporal, cumplimiento del servicio militar, ejercicio de cargo público representativo, privación de libertad); factores relacionados con el buen funcionamiento de la empresa (cierre legal, fuerza mayor temporal, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), y, por último, necesidad de compatibilizar la existencia del contrato de trabajo con el ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales por parte del trabajador (derecho de huelga, discriminación

¹ VIDA SORIA, J., «La configuración jurídica general de la suspensión del contrato», *RPS*, núm. 70, 1966. pág. 251; BOTANA LÓPEZ, J. M., «Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral», *RMAS*, núm. 38, 2002, pág. 276. En el ámbito jurisprudencial, sobre todo, STS de 25 de octubre de 2000 (F. J. 3.º).

por razón de sexo o ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar)².

Ha sido común asegurar, con independencia de las causas que justifican la suspensión, que la figura tiene como finalidad fundamental proteger al trabajador, evitando que la producción de determinadas circunstancias conlleve de forma automática la extinción de la relación laboral³. A pesar de la heterogeneidad de las causas contempladas en el art. 54 ET, con las que la regulación pretende satisfacer los distintos intereses presentes en la relación de trabajo estableciendo causas favorables al interés del trabajador y otras dirigidas a satisfacer el interés empresarial, lo cierto es que la institución se dirige claramente a proteger el principio de estabilidad en el empleo⁴, aún con más incidencia en aquellos casos en que la regulación puede considerarse más favorable al interés empresarial (suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción)⁵.

Sentada esta premisa, la cuestión estaría en determinar si la protección que otorga el art. 45 ET se dispensa con carácter obligatorio y, siendo así, si protege única y exclusivamente frente a la extinción automática una vez producida la circunstancia que la justifica o se extiende a cualquier tipo de acto extintivo durante el periodo de suspensión. La respuesta a esta pregunta no la podemos encontrar en la regulación contenida en el art. 45 ET, que, como por todos es conocido, se limita a mencionar causas y efectos de la suspensión, incluso a dotar a la institución de cierto carácter potestativo en cuanto reconoce como causas de suspensión las que se puedan establecer libremente por las partes⁶.

De esta forma, el esclarecimiento de esta cuestión nos obliga a centrarnos en la configuración de la causa de suspensión, que, tratándose de la incapacidad temporal del trabajador, suscita pocas dudas sobre el carácter obligatorio de la interrupción frente a la voluntad de las partes. La configura-

² De acuerdo con la jurisprudencia, el denominador común de la suspensión, exceptuando el mutuo acuerdo de las partes, es el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad para la ejecución del trabajo [STS de 25 de octubre de 2000 (F. J. 3.º)].

³ VIDA SORIA, J., «La configuración jurídica...», *op. cit.*, pág. 264.

⁴ Por todos, VIDA SORIA, J., «La configuración jurídica...», *op. cit.*, pág. 257, muy especialmente en págs. 264 y ss.

⁵ Este supuesto, además de encuadrarse en una regulación restrictiva que exige la necesidad de la medida empresarial (art. 47 ET), se configura como un procedimiento alternativo a la extinción de las relaciones laborales.

⁶ Una consideración crítica sobre la regulación, JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 96-97.



ción de la incapacidad temporal del trabajador se ha efectuado atendiendo a la regulación que de esta contingencia se contiene en el art. 128 de la LGSS⁷, si bien no han faltado críticas que, basándose en la falta de remisión expresa al texto de la LGSS, realizan una lectura mas amplia de la incapacidad temporal mencionada en el art. 45.1c ET⁸. Establecido el carácter obligatorio de la suspensión por incapacidad temporal del trabajador y, en consecuencia, la imposibilidad de despedir al trabajador por haberse producido esa circunstancia, sólo nos queda por determinar la extensión de esta prohibición. Para esclarecer esta cuestión será necesario, partiendo de la configuración de la incapacidad temporal, determinar la incidencia que provocan los efectos de la suspensión sobre la institución del despido.

2. LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS CAUSAS DEL DESPIDO

Existe unanimidad entre doctrina y jurisprudencia en considerar que la suspensión del contrato de trabajo conlleva una interrupción temporal de la ejecución de las prestaciones fundamentales, sin que resulte afectado el vínculo jurídico⁹. Esta permanencia del vínculo contractual permite al trabajador conservar el puesto de trabajo, impone al empresario la obligación de conservarlo y reactiva la relación contractual, ahora con todos sus efectos, desde el momento en que desaparece la causa que motivó la suspensión¹⁰. No obstante, en los casos de incapacidad temporal es precisamente la imposibilidad de realizar la prestación de servicios por parte del trabajador lo que produce la suspensión del contrato de trabajo, erigiéndose esta circuns-

⁷ Constituyen, por tanto, suspensión del contrato de trabajo las interrupciones que se deban a «enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación». También constituyen suspensión del contrato «los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad».

⁸ JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo...*, op. cit., págs. 100-101.

⁹ Por todos, VIDA SORIA, J., «La configuración jurídica...», op. cit., pág. 261. STC 207/1989, de 14 diciembre, RTC 1989/207 (F. J. 2.º). STS de 11 de diciembre de 1989 (F. J. 2.º).

¹⁰ BOTANA LÓPEZ, J.M., «Tendencias actuales...», op. cit., pág. 268; STS de 25 de octubre de 2000 (F. J. 3.º).

tancia en el requisito esencial, no ya de la propia suspensión, sino del supuesto de hecho que justifica la suspensión¹¹.

Por otro lado, la supervivencia del contrato durante el período de suspensión determina que no todos los derechos y deberes recíprocos del trabajador y del empresario queden interrumpidos. Muy al contrario, algunos de ellos (sobre todo aquellos que están más desvinculados de las prestaciones básicas a las que se obligan la partes¹² y que, por ello, no devienen de ejecución imposible) continúan con plena vigencia¹³. Así ocurre, por ejemplo, con la generalidad de los derechos fundamentales del trabajador (derechos de libertad sindical, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la dignidad personal, a la integridad física y moral, derecho a la no discriminación), con los derechos económicos que, en concepto de protección social complementaria u en otros conceptos, se reconocen mediante negociación colectiva, y con el deber de buena fe que, a pesar de la interrupción, ha de seguir rigiendo la conducta de cada una de las partes¹⁴.

En consecuencia, tal como prescribe la regulación legal sólo quedarán en suspenso la obligación de realizar la prestación de servicios y la obligación de remunerar el trabajo pactado. No obstante, también se podrían considerar interrumpidas aquellas otras obligaciones secundarias que deriven o tengan consecuencia directa del cumplimiento de la obligación principal¹⁵. Es preciso, por tanto, delimitar las obligaciones de cada una de las partes que perviven una vez producida la suspensión por incapacidad temporal, con objeto de deslindar las posibilidades en el ejercicio de las potestades disciplinarias por parte del empresario.

A estos efectos, la primera obligación que hay que tener en cuenta respecto del trabajador es la relativa a la asistencia al centro de trabajo, y ello porque es necesario determinar si en los casos que estamos considerando

¹¹ VIDA SORIA, J., «La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo», *TS*, núm. 44-45, 1994, pág. 19; JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo...*, *op. cit.*, pág. 102.

¹² Han resultado muy discutidos los derechos del trabajador que se encuentran más vinculados a la prestación de servicios, como, por ejemplo, el derecho a que sea computado el tiempo de suspensión a efectos de calcular la antigüedad del trabajador o de determinar los días de vacaciones anuales que le corresponden. Un análisis sobre estas cuestiones en RODRÍGUEZ COPE, M. L., *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, CES, 2004, pág. 57 y ss.

¹³ RODRÍGUEZ COPE, M. L., *La suspensión del contrato...*, *op. cit.*, págs. 54 y ss.

¹⁴ SSTC de 11 diciembre 1989; RJ 1989/8950 (F. J. 2.º); de 8 abril 2006. RJ 2006/2326 (F. J. 3.º).

¹⁵ RODRÍGUEZ COPE, M. L., *La suspensión del contrato... op. cit.*, pág. 63, menciona entre estas últimas la obligación de cumplir las ordenes empresariales, las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y la de contribuir a la mejora de la productividad.



las faltas de asistencia son computables a efectos de justificar un despido disciplinario o un despido objetivo. Con carácter general, en los supuestos en los que la suspensión se produce por situaciones protegidas por el Sistema de Seguridad Social, se viene reconociendo que la inasistencia al trabajo, desde que se produce la baja y hasta que recae la resolución de alta, deben considerarse faltas justificadas¹⁶, lo que, en principio, excluye la posibilidad de utilizar el despido disciplinario por este motivo [art. 54.2. ap.a) ET].

En cuanto a la posibilidad de utilizar un despido disciplinario por el resto de causas que se contemplan en el art. 54.1 ET, habría que tener en cuenta que, dado que la prestación laboral no se está realizando durante el período de suspensión, sólo procedería el despido durante este período por incumplimientos previos y siempre que la falta cometida no hubiese prescrito, salvo que se trate de infracción del deber de buena fe contractual, obligación que, como hemos visto anteriormente, sigue vigente como consecuencia de la existencia del vínculo contractual. A pesar de las dificultades que pueden encontrarse a la hora de concretar las obligaciones que requiere el cumplimiento del deber de buena fe durante el periodo de suspensión, tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en señalar entre sus más importante manifestaciones, la obligación de evitar conductas que dificulten la curación, el respeto al deber de no concurrencia desleal y la atención al deber de colaboración con el empresario¹⁷.

Efectivamente, la doble naturaleza que presenta la incapacidad temporal, como figura laboral que exige la suspensión del contrato y como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social determina que durante la situación de incapacidad temporal el trabajador no pueda realizar otras prestaciones que imposibiliten o entorpezcan el proceso de recuperación de su salud, por lo que cualquier actuación en este sentido se puede considerar transgresión de la buena fe contractual frente al empresario y, en cuanto tal, ser susceptible de justificar un despido disciplinario¹⁸.

¹⁶ Por todas, STS de 7 octubre 2004, RJ. 2004\7889 (F. J. 3.º), que las priva de ese carácter desde el momento en que se produce el alta médica y el trabajador sigue sin asistir, independientemente de que haya impugnado o no la resolución del alta.

¹⁷ JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo...*, op. cit., pág. 149 y ss.

¹⁸ La STS de 4 mayo 1990. RJ 1990\3961 (F. J. 1.º) se refiere a la realización de actividad «que dificulte seriamente el proceso de curación o que evidencie la aptitud laboral del trabajador». En la misma línea, la STSJ del País Vasco, de 29 abril 2003 (F. J. 4.º) hace alusión a una actividad «que evidencie la aptitud para el trabajo o sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación». Un análisis de la Jurisprudencia en la década de los noventa en, PUIG SÁNCHEZ, M., «La transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal», VV.AA., *La incapacidad temporal*, Madrid, AEDT-Tecnos, 1996, págs. 372 y ss.

La perspectiva desde el despido objetivo presenta contornos muy similares, aunque la consideración como justificadas de las faltas de asistencia al trabajo (debidas a una situación de IT) implica que puedan ser tenidas en cuenta a efectos de articular un despido objetivo¹⁹. Obviamente, en este caso sería necesario que las ausencias del trabajo cumplieran los requisitos exigidos en el precepto legal, especialmente el carácter intermitente, la necesidad de superar los límites que fija la regulación legal y tratarse de períodos de baja que, aun habiendo sido acreditados por los servicios sanitarios oficiales y trayendo causa de una enfermedad común y accidente no laboral, tengan una duración inferior a 20 días consecutivos (art. 52.d ET). No obstante, se podría encontrar algunos problemas a la hora de computar estas faltas de asistencia al trabajo, aun en aquellos casos en que se cumplieran los condicionantes legales, puesto que su estimación no sería muy conforme a los propios efectos jurídicos de la suspensión que impiden no sólo la ejecución de obligación de trabajar sino también el cumplimiento de la obligación de asistir al centro de trabajo.

Por lo que respecta al resto de causas que justifican el despido objetivo, al igual que sucedía para el despido disciplinario, la falta de realización de la prestación de servicios impide que se pueda utilizar la ineptitud del trabajador o la falta de adaptación al puesto de trabajo refiriéndola al período de suspensión, si bien nada impide que la extinción se base en estas causas si se han producido en un período anterior²⁰.

Por tanto, podemos concluir que la extinción del contrato de trabajo se puede producir durante el período de suspensión siempre que la causa alegada se base en el incumplimiento de obligaciones laborales que no hayan quedado interrumpidas por la propia suspensión. Distinto es el problema de determinar la calificación que corresponde al despido durante el período de suspensión cuando se produce sin alegar causa alguna o alegando razones inexistentes, cuestión que va a depender de lo establecido en la regulación legal.

3. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DURANTE EL PERIODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR IT: LA REGULACIÓN LEGAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Como ya hemos mencionado, la realización de un despido durante el período de suspensión de la relación laboral ha suscitado, y sigue suscitando

¹⁹ STS 12 de julio de 2004. RJ 2004/7075 (F. J. 3.º).

²⁰ Respecto de la falta de rendimiento en general (con independencia de que sea voluntario o involuntario) declara la STS de 18 de diciembre de 2007, RJ 2008\800 (F. J. 3.º): «En

do todavía, ciertas dudas respecto a su calificación, sobre todo porque durante algún tiempo nuestro ordenamiento jurídico ha calificado con la nulidad al despido sin causa producido en estas circunstancias. Efectivamente, la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores introdujo, junto a los supuestos de despido por incumplimiento de requisitos formales²¹, dos supuestos en los que la calificación de nulidad se relacionaba con la causa real del despido: los despidos discriminatorios o lesivos de los derechos sindicales del trabajador y los despidos de trabajadores en situación de suspensión del contrato, salvo que correspondiera la calificación de procedencia²². De esta forma, un despido durante el período de suspensión podía ser declarado procedente (si se probaba la existencia de causa legal) o nulo (si ésta no se probaba, no resultaba suficiente ó simplemente no existía)²³.

Sin embargo, la evolución posterior de la categoría de la nulidad, al menos en lo que respeta a los actos extintivos, se caracterizará por la desaparición de la suspensión del contrato como circunstancia que la motiva, frente a una consagración de la figura respecto de todos los actos lesivos de

el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales».

²¹ Se consideraba nulo el despido disciplinario efectuado sin comunicación escrita o en la que faltasen los datos fundamentales como la fecha o la designación de los hechos que lo motivaron [art. 55.3 Ley 8/1980, de 10 de marzo, y art. 102.2 Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio (LPL, de 1980)], el despido objetivo en aquellos casos en que el empresario no ofreciera al trabajador la indemnización correspondiente (redacción originaria del art. 109 LPL), el despido por fuerza mayor sin autorización administrativa (art. 113 LPL en su redacción original) y los despidos de representantes de los trabajadores cuando no se hubiese observado la obligación legal de abrir expediente contradictorio (Art. 68 a) ET y 111 LPL, de 1980).

²² Art. 55.6 Ley 8/1980, de 10 de marzo («El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciare su procedencia»), y 102 LPL de 1980 («Sólo se declarará nulo el despido [...] cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente»). Diez años más tarde, el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 acogerá en su art. 108.2 las cinco causas de la nulidad del despido.

²³ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El despido nulo en el Estatuto de los Trabajadores y el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral», en *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, V. I., Los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, 1981, pág. 282; BLASCO SEGURA, B., «El despido nulo en el Derecho del Trabajo Español», en VV. AA., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80: III Coloquio sobre relaciones laborales*, Universidad de Zaragoza - Instituto de Relaciones Laborales, 1983, págs. 69 y ss.

los derechos fundamentales del trabajador. Efectivamente, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, suprimió la calificación de nulidad para los actos extintivos que, sin responder a una causa legal, se produjeran durante el período de suspensión del contrato de trabajo, quedando relegados a la categoría del despido improcedente. A partir de este momento la nulidad quedó reservada para aquellos casos en que el despido tuviera como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Ley, o cuando se produjera con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores²⁴.

No obstante, la extinción del contrato de trabajo durante el período de suspensión volvió a regularse como causa de nulidad unos años más tarde, si bien ahora su consideración se producía en el ámbito de la discriminación por razón de género. Esta nueva incursión en la categoría de la nulidad ha venido propiciada por la aparición de una serie de Directivas Comunitarias²⁵, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por diversas disposiciones internas, primero por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y, más recientemente, por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁶. Ambas disposiciones introducen, de nuevo, supuestos de nulidad por extinción durante la suspensión del contrato de trabajo, pero ahora como manifestación de la tutela antidiscriminatoria por razón de género o del ejercicio de derechos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores²⁷.

La regulación analizada, por tanto, nos lleva a afirmar, y esta es la conclusión fundamental a la que llega la jurisprudencia del TS, también en la

²⁴ Art. 55. 5 ET según la redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Sobre los efectos producidos por la reforma, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La calificación del despido como improcedente o nulo», VV. AA, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, AEDT-Marcial Pons, 1995, págs. 403 y ss.; CASAS BAAMONDE, M. E., «La nulidad del despido y sus efectos», en VV. AA, *Reforma de la legislación...*, *op. cit.*, págs. 429 y ss.

²⁵ Directivas 92/85/CCE, de 19 de octubre, 96/34/CE, de 3 junio y 2002/73/CE, de 23 de septiembre.

²⁶ Un análisis de las modificaciones producidas por esta disposición en VV. AA., *La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

²⁷ La protección en estos supuestos se extiende a los despidos realizados durante el período de suspensión del contrato (por maternidad, paternidad, riegos durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o enfermedades relacionadas con el embarazo, parto o lactancia natural), pero también a los despidos producidos una vez que el trabajador/a se ha reincorporado al puesto de trabajo tras un período de suspensión por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento y siempre que no hayan transcurrido más de nueve meses desde el acacimient

STS de 18 de diciembre de 2007, que el despido durante el período de suspensión del contrato por IT, siempre que no resulte acreditada la causa, debe ser calificado de improcedente, salvo que se trate de un despido discriminatorio o lesivo de alguno de los derechos fundamentales reconocidos al trabajador (de hecho, no podía ser de otra forma si tenemos en cuenta la claridad de la regulación legal). Esta jurisprudencia, ya consolidada, se ha construido sobre el argumento fundamental de que el art. 108.2 LPL enumera con carácter exhaustivo los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin mencionar el despido durante la suspensión del contrato por voluntad del empresario cuando el motivo real no coincide con la causa formal alegada en la comunicación del cese²⁸.

Siendo así, no es de extrañar que en los pronunciamientos examinados las alegaciones efectuadas por parte del trabajador se centren, bien en la discriminación por razón de enfermedad, bien en la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 de CE. Veamos detenidamente cada una de estas alegaciones, con objeto de examinar los motivos utilizados por el TS para rechazarlas, así como las posibilidades de prosperar ante la jurisdicción constitucional.

La vulneración de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad, que había sido el argumento utilizado por la Sentencia de instancia y por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resulta rechazada por el TS al considerar que la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE exige la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Los criterios de diferenciación utilizados deben coincidir con los expresamente prohibidos en la regulación constitucional o, al menos, ser susceptibles de inclusión en la cláusula genérica que contiene el art. 14 CE. No obstante, para que un factor de diferenciación pueda considerarse incluido en esta cláusula es necesario que se trate de criterios de diferenciación cuya utilización «*sitúe a sectores de la población en po-*

de estos eventos. Al igual que en la regulación anterior, los despidos producidos en estas circunstancias sólo pueden considerarse procedentes, si resulta acreditada la causa legal, o nulos en caso de que ello no suceda.

²⁸ SSTs de 29 de enero de 2001. RJ. 2001/2069 (F. J. 2.º); de 23 de septiembre de 2002. RJ. 2006/1923 (F. J. 5.º); 12 de julio de 2004. RJ 2004/7075 (F. J. 3.º); de 23 de mayo de 2005, RJ 2005/9656 (F. J. 2.º). En todas ellas se ha llegado a la conclusión de que en aquellos supuestos en que la empresa no ha alegado y probado la causa que justifica el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo (art. 52.d ET), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.

siciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE»²⁹.

De conformidad con esta línea jurisprudencial, para que se dé una situación de discriminación es necesario, en primer lugar, que los criterios de diferenciación se basen en circunstancias utilizadas históricamente para segregar grupos de personas, y en segundo lugar, que como miembros de estos grupos segregados (de constitución estable y no efímera) las personas discriminadas tengan necesidades particulares de integración laboral y social³⁰. Partiendo de estas consideraciones, el TS considera que la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no constituye uno de los supuestos de discriminación, puesto que, a pesar de que se trata de una contingencia inherente a la condición humana, no es específica de un grupo o colectivo de personas (de composición permanente), como ocurre, por ejemplo, con la incapacidad temporal derivada de enfermedades relacionadas con el embarazo, el parto o la lactancia natural que, como ya se ha dicho, constituyen una manifestación de la prohibición de discriminación por razón de género³¹.

Tampoco se considera que la incapacidad funcional que genera una enfermedad, al menos, una enfermedad no definitivamente inhabilitante, pueda asimilarse a la situación que padecen las personas discapacitadas, puesto que, frente al carácter temporal y transitorio de la primera, la discapacidad se presenta como una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial que requiere de medidas para satisfacer las necesidades particulares que presenta el colectivo afectado³². Por tanto, a diferencia de la

²⁹ STS de 18 de diciembre de 2007 (F. J. 3.º).

³⁰ Más amplio es el concepto de discriminación que se acoge en la STS de 22 de noviembre de 2007, RJ 3907/2006 (F. J. 2.º), donde se establece que «lo que caracteriza la prohibición de discriminación [...] es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista».

³¹ STS de 18 de diciembre de 2007 (F. J. 3.º). Sobre la vinculación entre el despido durante el periodo de suspensión del contrato por enfermedad derivada de embarazo, parto o lactancia natural y la prohibición de discriminación por razón de sexo, STC 17/2007, de 12 de febrero (F. J. 3.º).

³² La diferencia entre incapacidad y discapacidad en STSJ de Madrid, de 18 de julio de 2006, RS. 2469/2006 (F. J. 2.º), que, acudiendo al Programa de Acción Mundial para los Impedidos (Resolución de las Naciones Unidas 37/52, de 3 de diciembre de 1982), se refiere a la incapacidad como cualquier restricción o impedimento para la realización de una actividad,



discapacidad, la enfermedad que genera una incapacidad laboral transitoria no esta protegida por la prohibición de discriminación ni constitucional ni legalmente³³.

No obstante, como reconocía la sentencia que desestimaba el recurso de suplicación refiriéndose a la jurisprudencia establecida en supuestos anteriores, la doctrina comentada presenta una serie de matices que deben ser destacados³⁴. En primer lugar, que tal como ha reconocido la jurisprudencia, no siempre es necesario vincular el padecimiento de una enfermedad a un determinado colectivo tradicionalmente discriminado, puesto que pueden existir supuestos de enfermedad que, por sí mismos, coloquen a los sujetos que las padecen en una posición desventajosa y contraria a la dignidad de la persona (piénsese, por ejemplo, en los enfermos de VIH y en la incoherencia que supondría vincularlos a colectivos determinados). En segundo lugar, que existen enfermedades cuyo padecimiento puede ocasionar secuelas permanentes que limiten la capacidad vital y laboral del trabajador y, por tanto, una discapacidad pendiente de declarar por los órganos adminis-

ocasionada por una deficiencia dentro del ámbito considerado normal por el ser humano, mientras que la minusvalidez o discapacidad consiste en una incapacidad que constituye una desventaja para una persona en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función normal según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales. De acuerdo con esta definición, sólo los afectados por la discapacidad constituyen un sector de la población en situación de desventaja tanto por la acción o inacción de los poderes públicos como por la propia práctica social. Precisamente por ello, considera el pronunciamiento, se trata de un grupo socialmente disminuido y, en consecuencia, discriminado.

³³ En este sentido se pronuncia la STJCE de 11 de Julio de 2006 (Asunto Chacón Navas), donde expresamente se declara que una persona despedida exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por 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 por razón de discapacidad.

³⁴ La STSJ de Cataluña, de 7 de septiembre de 2006, consideró, siguiendo algunas declaraciones efectuadas en la STS de 22 de noviembre de 2007 (F. J. 2.º), que «*la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, ... no es un factor discriminatorio en el sentido estricto..., aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*»; que existía discriminación por razón de enfermedad en el supuesto enjuiciado, puesto que la decisión empresarial recayó sobre un grupo de trabajadores a los que se agrupó en atención a su situación de enfermedad, por lo que este criterio se ha utilizado como un factor de segregación al seleccionar a un grupo de trabajadores caracterizados exclusivamente por dicha circunstancia, al que se reduce o niega importantes derechos, incluido el de ocupación, y al que se da, en consecuencia, un trato de inferioridad que, a juicio de la Sala, debe encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 CE. Desde esta perspectiva, la enfermedad no se configura como una simple circunstancia genérica de incapacidad para el trabajo.

trativos³⁵. De hecho, la diferencia establecida entre enfermedad y discapacidad, realizada, sobre todo, en función del carácter permanente o transitorio de la situación, dejaría en una zona de penumbra las enfermedades crónicas que produzcan cualquier tipo de discapacidad, aunque éstas no ocasionen repercusiones negativas en el trabajo más allá de las ocasionadas por la inasistencia.

Algo menos compleja, desde nuestro punto de vista, se presenta la otra vía utilizada por el recurrente para solicitar la calificación de nulidad del despido: la lesión del derecho a la salud del trabajador afectado por la incapacidad temporal (art. 43.1 CE). El único argumento que utiliza el pronunciamiento con objeto de rechazar la nulidad del despido se centra en la ubicación sistemática del precepto constitucional alegado, de forma que, al no estar comprendido en la categoría de los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1.ª del Capítulo II del Título Primero) a la que parece referirse el art. 108.2 LPL, su vulneración sólo puede provocar la improcedencia del despido. Y aunque hubiese resultado interesante un pronunciamiento sobre las obligaciones empresariales que exige el mantenimiento del derecho a la salud de los trabajadores, el TS obvia expresamente tan importante cuestión³⁶.

No obstante, existen pronunciamientos anteriores en los que la argumentación a la hora de rechazar la lesión de un derecho fundamental del trabajador ha sido algo más extensa, sobre todo en aquellos casos en que las alegaciones del recurrente, aun centrándose en el derecho a conservar la salud, vinculan su ejercicio con el derecho a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE³⁷. De hecho, se podría afirmar que la generalidad

³⁵ A estos efectos habría que tener en cuenta las declaraciones efectuadas en la STS de 22 de noviembre de 2007 (F. J. 4.º), al reconocer que la cuestión se puede resolver de forma diversa si la enfermedad hubiese provocado cualquier tipo de discapacidad en la trabajadora (aunque todavía no haya sido declarada por el correspondiente órgano administrativo), puesto que en este supuesto sería aplicable la prohibición de discriminación que se contempla en el art. 4.2 c ET.

³⁶ STS de 18 de diciembre de 2007 (F. J. 3.º).

³⁷ Ejemplo de ello es la STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 3907/2006), que resuelve en casación el despido de una trabajadora en situación de suspensión del contrato por incapacidad temporal (la actora sufrió un infarto de miocardio el 8 de octubre de 2005). El despido, efectuado el 3 de noviembre de 2005, reconocido improcedente y con la indemnización a disposición de la trabajadora desde el 7 de noviembre, se basó en el retraso en la comunicación de la baja. La actora impugnó el despido ante la Jurisdicción Social que, desestimando parcialmente la solicitud, reconoció la improcedencia del despido. Una nueva impugnación, ahora ante el TSJ de la Comunidad de Madrid (STSJ de Madrid, de 18 de julio de 2006), ocasionó la revocación de la sentencia de instancia por considerar que había existido vulneración de derechos fundamentales. En ambos casos la trabajadora alegaba vulneración de su derecho a conservar la salud como manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral.



de los pronunciamientos recaídos en instancias inferiores inclinados por considerar la nulidad del despido producido en estas circunstancias lo han hecho argumentando que el despido constituye una represalia frente al ejercicio del derecho a conservar la salud, facultad que, de conformidad con las declaraciones efectuadas por la doctrina constitucional³⁸, entienden incluido en derecho a la integridad física y moral³⁹.

Esta argumentación, nada desdeñosa o temeraria, parte de una concepción amplia de la garantía de indemnidad que no queda restringida al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y a los derechos de libertad sindical, tal como hasta ahora se viene considerando por la doctrina del TC. Desde esta perspectiva, la garantía de indemnidad protege el ejercicio de cualquier derecho constitucional frente a represalias de los poderes privados, especialmente en aquellos casos en que el sujeto se encuentra sujeto a un vínculo de subordinación como el que supone la existencia de la relación laboral. Una concepción de estas características supone reconocer una nueva dimensión en la eficacia de la generalidad de los derechos constitucionales, si bien todavía no por su propia consagración constitucional, que ya de por sí debe ser suficiente razón de peso, sino por su vinculación con los derechos fundamentales consagrados en la Sección I, del Capítulo II del Título I de la CE⁴⁰.

³⁸ La STC 35/1996, de 11 marzo (F. J. 3.º) declara que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal. Siguen la misma línea, aunque referidas al derecho que ostentan los trabajadores frente al empresario, SSTC 220/2005, de 12 de septiembre (F. J.4.º) y 62/2007, de 27 de marzo (F. J. 3.º) que vienen a especificar que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto.

³⁹ Quizá el ejemplo más claro de esta posición lo constituya la STSJ del País Vasco, de 27 de Junio de 2003 (F. J. 5.º), que examina el despido de una trabajadora durante situación de incapacidad temporal. El pronunciamiento considera vulnerado el derecho a la integridad física y moral de la trabajadora consagrado en el art. 15 CE. Para llegar a esta conclusión parte de que la situación protegida por la incapacidad temporal (como situación en la que se encuentra una persona que está impedida para el trabajo y recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social) supone un triple nivel de protección. En primer lugar, se protege el derecho a la salud de la persona trabajadora, proporcionándole asistencia sanitaria; en segundo lugar, se protege su derecho a la integridad física, al considerar que, en tal situación, no debe acudir a prestar servicios; en tercer y último lugar, y con objeto de proteger los bienes anteriores, se le otorga una renta que sustituye las que han dejado de generarse por la imposibilidad de prestar servicios.

⁴⁰ Muy interesante se muestra al respecto la fundamentación jurídica realizada en la STSJ de Madrid, de 18 de julio de 2006, RS 2469/2006 (F. J. 4.º), para declarar la nulidad del despido. A estos efectos, el pronunciamiento parte de los arts. 10 y 15 CE, para argumentar

El TS sale al paso de estas argumentaciones rechazando la vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad física y moral, de forma que, al ser el primero un simple principio rector de la política económica y social, su exigencia debe hacerse conforme a las leyes y disposiciones que lo desarrollen. No obstante, y a pesar de las declaraciones, no parece que la intención del TS sea tutelar el derecho conforme a esas disposiciones, puesto que resuelve la cuestión, como ya hemos avanzado, a través de una interpretación del art. 108.2 LPL conforme a la que dicho precepto sólo contempla la nulidad del despido cuando se produzca la lesión de alguno de los derechos consagrados en la Sección I, por lo que ni la vulneración del derecho a la salud (en caso de producirse) ni la lesión de la dignidad del trabajador, al no ser derechos fundamentales autónomos, son susceptibles de provocar la nulidad de despido ⁴¹.

Teniendo en cuenta que, de conformidad con esta jurisprudencia, el derecho a la integridad física y moral sólo integra la «incolumidad corporal», es decir, el derecho de la persona a no sufrir, sin su consentimiento, lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa (facultades que no han sido lesionadas por el acto extintivo), el único precepto constitucional que puede resultar vulnerado por la conducta empresarial es el derecho al trabajo que, independientemente de su ubicación sistemática, no excluye la extinción indemnizada del contrato de trabajo ⁴².

4. CONCLUSIONES

De las alegaciones efectuadas consideramos más correcta, y por tanto más viable para que el asunto prospere ante la jurisdicción constitucional, aquella que considera que, en alguna forma, el despido de un trabajador afectado por una incapacidad temporal, simplemente por encontrarse enfermo y no resultar productivo para su empresa, debe considerarse lesivo de su de-

que también el ejercicio de estos derechos, en concreto el derecho del trabajador a conservar la salud como derivación del derecho a la integridad física y moral, deben quedar garantizados frente a cualquier acto de represalia que pudiera adoptar la empresa.

⁴¹ Claramente ésta es la conclusión a la que se llega respecto de la dignidad del trabajador. La Jurisprudencia sostiene que en cuanto «valor fundamental del ordenamiento jurídico [...] únicamente opera en relación con los derechos fundamentales propiamente dichos, de manera que la falta de vulneración de alguno de estos derechos comporta la inargumentabilidad de aquel valor como base para la decisión a que la sentencia recurrida ha llegado», esto es, la nulidad del despido [STS de de 22 de noviembre de 2007, RJ 3907/2006 (F. J. 3.º)].

⁴² STS de de 22 de noviembre de 2007. RJ 3907/2006 (F. J. 2.º).



recho constitucional a conservar la salud, si no como derecho consagrado autónomamente, sí como manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral. Y ello porque existen declaraciones en la doctrina constitucional que se muestran favorables a estimar esa estrecha vinculación entre los derechos mencionados (el TC ha declarado, en varias ocasiones, que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, también del trabajador, queda comprendido en el derecho a la integridad física y moral de la persona).

De hecho, toda la normativa laboral dirigida a tutelar el derecho a la salud de los trabajadores tiene su engarce en el derecho a la vida y a la integridad física del trabajador. Efectivamente, una consideración conjunta de la protección articulada por la LGSS al definir el supuesto de incapacidad temporal, de la LPRL al consagrar los principios de prevención y de evitación del riesgo, así como de la propia institución de la suspensión del contrato de trabajo por IT, nos debe llevar a concluir que esta conexión es real.

La cuestión, una vez más, estaría en determinar qué tipo de conductas empresariales son susceptibles de producir esta lesión. Hasta el momento, y en relación con las medidas de prevención de riesgos laborales, la doctrina constitucional ha estimado que dichas conductas pueden consistir en acciones u omisiones, sin ser necesario que se produzca efectivamente la lesión. A estos efectos, parece suficiente que se acredite un riesgo relevante de producción de la lesión. Llegados a este punto no es difícil considerar que cualquier conducta que obligue al trabajador a reincorporarse al puesto de trabajo o cualquier sanción que se imponga como consecuencia del ejercicio de los derechos que, en aras de preservar la salud e integridad del trabajador enfermo, le reconoce la normativa legal suponen una atentado contra el derecho a la integridad física y moral del trabajador, incluyendo las decisiones extintivas en las que no se haya acreditado causa real.





4

Informes y Documentos



