

**Incapacidad temporal y despido: ¿nulidad o improcedencia?
Comentario a la sentencia número 2451/2007 del TSJ de Cataluña,
en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de
diciembre de 2007 y la sentencia número 62/2008 del Tribunal
Constitucional**

Diego Enjuto Jareño

Abogado, Cuatrecasas

Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales

1. Supuesto de hecho.

I.- El demandante fue contratado por la empresa demandada a finales del año 2000, habiendo iniciado un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común en el mes de marzo de 2005, poco después de que la dirección de la empresa le manifestase su descontento con el rendimiento que estaba llevando a cabo. El actor padecía una patología en la columna vertebral y un trastorno depresivo grave.

II.- Un año y dos meses después de iniciar el proceso de incapacidad temporal, la empresa procedió a despedir al trabajador a través de una comunicación de despido disciplinario. En dicha carta, la empresa alegaba que la excesiva duración de la baja por incapacidad temporal del trabajador provocaba una *“situación insostenible”* y que constituía una *“grave trasgresión de la buena fe contractual”*.

III.- La empresa reconoció en la misma carta de despido su improcedencia, poniendo a disposición del trabajador la indemnización legal por despido improcedente que, al no ser aceptada por el empleado, fue consignada judicialmente.

IV.- La sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, que conoció del asunto en primera instancia, estimó parcialmente la demanda del actor, declarando la nulidad de su despido por tener carácter discriminatorio y condenando a la empresa a readmitir al actor y a abonarle una indemnización de 12.000 euros en concepto de daños morales.

2. Fundamentos jurídicos.

La sentencia número 2451/2007 del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña objeto del presente comentario contiene unos extensos fundamentos de derecho en los que además de analizar la doctrina y la jurisprudencia existentes en materia de despido e incapacidad temporal, realiza una aplicación particular de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en esta cuestión.

Comienza la sentencia por citar a la Profesora Esther Sánchez Torres y su trabajo de septiembre de 2006 en materia de extinción de los contratos de trabajo, justificando el TSJ de Cataluña la dificultad de llevar a cabo un pronunciamiento uniforme en materia de extinción de contratos de trabajo en la gran variedad de supuestos diferentes que existe en esta cuestión.

Asimismo, el TSJ de Cataluña hace mención a una serie de sentencias de diversos Tribunales Superiores que formarán parte del razonamiento seguido por el Tribunal a la hora de pronunciarse sobre la cuestión planteada. El fallo de dichas sentencias, que resumimos brevemente a continuación, camina en la misma dirección que la sentencia del Tribunal catalán.

Se cita en primer lugar la sentencia del TSJ del País Vasco de 27 de junio de 2003, en la que se analiza el despido disciplinario por bajo rendimiento de una trabajadora en situación de baja por incapacidad temporal, estimando el Tribunal que la conducta empresarial *“vulnera el derecho fundamental de la actora a su integridad física y moral”* del artículo 15 de la Constitución Española y concluyendo que dicho despido es nulo.

También se refiere la sentencia analizada a la dictada por el TSJ de Madrid en fecha 18 de julio de 2006, la cual estudia el supuesto de un despido disciplinario por bajo rendimiento, declarándose la nulidad del despido con amparo en razonamientos similares a los utilizados por el TSJ del País Vasco en su sentencia.

Además, se menciona la sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de julio de 2006, dictada en Pleno aunque con un significativo voto particular contrario al Fallo que posteriormente analizaremos, en el despido disciplinario de un trabajador con base en una reducción en su rendimiento, en la que el TSJ de Cataluña estima que el despido es nulo por existir un *“factor de segregación”* en la

elección del trabajador despedido, ya que pertenecía a un colectivo de 41 trabajadores que la empresa procedió a despedir por la misma causa, concurriendo en todos ellos la circunstancia de encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal. Arguye el TSJ de Cataluña que la empresa “*configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que reduce o niega importantes derechos, incluido el de ocupación, y a la que da, en consecuencia, un trato de inferioridad que, a nuestro juicio, debe encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 de la Constitución y las prescripciones de los arts. 4.c y 17 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Por último, y con carácter previo al análisis jurídico de la situación concreta que se le plantea al Tribunal, se procede a hacer una referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/05), cuyo comentario puede encontrarse en el número 4/2006 de IUSLabor¹, así como a una serie de pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en supuestos de despido cuando el trabajador despedido se encuentra en situación de baja por incapacidad temporal, pronunciamientos de los que el TSJ de Cataluña destaca que la “*causa de despido formalmente alegada no es la incapacidad temporal*”.

El TSJ de Cataluña afirma compartir el criterio sentado por el Tribunal Supremo según el cual no todo despido de un trabajador relacionado con la enfermedad ha de ser calificado de nulo, si bien considera que en el supuesto que se le plantea ha de aplicarse la excepción que el Tribunal Supremo introduce al aceptar que algunos despidos puedan merecer en determinadas circunstancias la calificación de nulos. Para ello deja constancia, en el Fundamento de Derecho sexto, de las diferencias existentes entre los supuestos de hecho analizados por el Tribunal Supremo y el caso concreto analizado en esta ocasión, señalando que el Alto Tribunal no se ha enfrentado a supuestos en los que “*crudamente se haya alegado la incapacidad temporal como causa del despido, sino que en todos ellos se ha enmascarado con otras causas de despido disciplinario*”.

Por el contrario, en el supuesto planteado ante el TSJ de Cataluña, la empresa “*afrenta descarnadamente el problema y alega como causa real del despido la ‘baja por enfermedad común’*”. El TSJ de Cataluña utiliza este elemento formal para

¹ “*Enfermedad y discapacidad: ¿fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05*”. Diego Enjuto Jareño. IUSLabor 4/2006, ISSN 1699-2938. www.upf.edu/iuslabor

estimar que en el caso enjuiciado concurre un elemento de segregación que conlleva la violación del artículo 14 de la Constitución Española.

Continúa el TSJ de Cataluña su argumentación tomando como referencia una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2004, en la que el Alto Tribunal desestimaba la vulneración de la garantía de indemnidad alegada por el trabajador despedido ya que la empresa no había despedido a dicho trabajador como consecuencia del ejercicio de su derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones de incapacidad temporal. El TSJ de Cataluña hace una interpretación *a sensu contrario* de la argumentación del Tribunal Supremo -interpretación que por otra parte y a nuestro entender no puede ser considerada sino excesiva, según comentaremos más adelante- al afirmar que *“parece que apunta a la posibilidad de que en el caso de que la reacción extintiva sea contra el ejercicio por el trabajador de su propio derecho a ser beneficiario de la incapacidad temporal y a percibir las prestaciones económicas y de asistencia sanitaria (...) pueda pensarse en un supuesto de discriminación en base a las causas que el constituyente previó bajo la cláusula abierta de ‘cualquiera otra condición o circunstancia personal o social’”*.

Tras el análisis jurisprudencial, el TSJ de Cataluña realiza una breve aproximación al derecho al trabajo derivado de la Constitución Española así como a los conceptos de despido improcedente y despido nulo, para pasar -en el Fundamento de Derecho séptimo de la sentencia objeto del presente comentario- a analizar el Convenio 158 de la OIT (algo que también hizo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 11 de julio de 2006).

Es destacable, no obstante, que el análisis que lleva a cabo el TSJ de Cataluña tiene un carácter más sintáctico que jurídico, centrándose en las traducciones realizadas para la incorporación de dicho Convenio a los ordenamientos jurídicos español, francés e inglés. Y así, destaca la diferente traducción realizada en español para el artículo 5 (*“motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo”*) y para el artículo 6 (*“la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación”*), haciendo hincapié el Tribunal en que la traducción utilizada en inglés es idéntica para ambos supuestos (*“shall not”*) mientras que en español se han utilizado expresiones diferentes (*“no constituirán”* y *“no deberá constituir”*).

Como consecuencia de esta, a su juicio, importante diferencia, el TSJ de Cataluña se plantea *“si la protección que debemos otorgar a los supuestos de cese directamente fundados en razón de la enfermedad (a diferencia de los supuestos de las sentencias del TS en los que se utilizaban otras razones, y la causa de enfermedad es una deducción judicial tras la prueba practicada) y que no estén autorizados por la ley deben tener distinta y menor protección en nuestro ordenamiento jurídico que los supuestos del artículo 5” del Convenio 158 de la OIT (que conllevan la nulidad del despido efectuado), para concluir finalmente que “debemos otorgar similar protección a los supuestos de despido basados exclusivamente en la enfermedad que al resto”*.

Según el TSJ de Cataluña, se debe distinguir entre dos tipos de supuestos: aquellos *“en los que se despide a un trabajador que está enfermo”* y aquellos otros *“en que se invoca única y exclusivamente por la empresa como causa de despido la enfermedad”*, siendo este segundo caso, por aplicación del Convenio 158 de la OIT, uno de los incluidos en el artículo 14 de la Constitución Española cuando dicho artículo se refiere a *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Según el TSJ de Cataluña estamos *“ante un supuesto específico de discriminación basada en una circunstancia personal independiente de la voluntad del trabajador, cual es la de estar enfermo”*.

En relación con esta cuestión, por último, el TSJ considera el despido enjuiciado como una reacción empresarial a la utilización por el trabajador de su derecho en materia de seguridad social y salud, habiéndose producido *“una reacción empresarial desproporcionada contra ese actuar legítimo, lo cual entendemos que es vulnerador de su derecho fundamental a la indemnidad”*. Y así lo entiende por vincular dicho derecho de forma mediata, es decir no directa sino indirecta o secundaria, con el derecho fundamental a la vida y la integridad física del artículo 15 de la Constitución Española, argumentando además que puesto que el trabajador no ha podido evitar hacer uso de su derecho a preservar su integridad, la empresa debería haber soportado *“la obligación que el ordenamiento jurídico le impone ante ese correlativo derecho”*.

Sobre la condena impuesta por el Juzgado de Instancia a la empresa a abonar un total de 12.000 euros en concepto de indemnización moral de daños y perjuicios, el TSJ de Cataluña revoca la sentencia de instancia en cuanto a la indemnización se refiere al no haberse probado por el trabajador la existencia de dichos daños y perjuicios.

3. Comentario y valoración.

Hemos tomado como referencia para el presente comentario la sentencia 2451/2007 del TSJ de Cataluña, puesto que deja constancia de cómo dicho Tribunal, a pesar de existir numerosa jurisprudencia –tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, como asimismo del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas- que recoge claramente cuál debe ser la calificación de un despido sin causa suficiente de un trabajador en situación de baja por enfermedad, ha vuelto a provocar un nuevo debate sobre la cuestión al considerar nulo un despido en las anteriores circunstancias en clara oposición con la doctrina establecida por los Altos Tribunales de nuestro país.

El artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) dispone que su finalidad es el establecimiento de 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”*. Asimismo, la Directiva prohíbe en su Considerando duodécimo cualquier discriminación directa o indirecta por dichos motivos.

Como señala el TSJ de Cataluña en la sentencia objeto del presente comentario, la Constitución Española establece en su artículo 14 la igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores diferencia entre despidos improcedentes y nulos en función de la existencia de una causa de discriminación o de una violación de derechos fundamentales y del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Nuestro Tribunal Supremo, en sus sentencias de fechas 29 de enero de 2001, 12 de julio de 2004 y 23 de mayo de 2005, entre otras, realiza la interpretación de la legislación en esta materia, haciendo referencia a la prohibición legal de discriminación e indicando que *“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” .

También los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos se pronuncian en este sentido, por ejemplo, en sentencias como la del TSJ de Cantabria 269/2006, de 8 de marzo de 2006, o la del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, 3272/2003, de 23 de octubre de 2003. En esta última, al considerarse probado que el despido enjuiciado no obedecía a la condición de minusválida de la actora sino a su baja por enfermedad, el TSJ afirmaba que *“la jurisprudencia ordinaria tiene reiterado que el despido por ausencias debidas a bajas por enfermedad no puede vincularse con ningún derecho fundamental, no teniendo esa consideración el de protección a la salud del art. 43 CE, con rango de principio rector de la política social, sin que sea un factor de discriminación típico de los arts. 14 CE o 17 ET” .*

El TSJ de la Comunidad Valenciana viene reiterando en sus pronunciamientos (entre ellos, los de fechas 29 de abril de 2003 y 13 de mayo de 2004) que *“el despido de los trabajadores cuyo contrato se encuentra suspendido ya no constituye un despido nulo, sino en su caso improcedente si resulta injustificado o ilegal”* y que a pesar de que el derecho a la salud sea un derecho fundamental *“en ningún modo puede deducirse del texto constitucional que esa protección haya de extenderse al ámbito laboral y que una situación de enfermedad implique el mantenimiento a ultranza de la relación laboral”*. Y ello aun en el caso, como ocurría en el supuesto enjuiciado por la primera de las dos sentencias referidas de este Tribunal, de que la empresa hubiera alegado en la carta de despido que la permanencia en la empresa de la trabajadora no era rentable como consecuencia de su baja por incapacidad temporal. Tal y como afirma el TSJ, si bien la decisión de la empresa *“no resulta jurídicamente aceptable, ni desde luego la carta de comunicación de esa decisión es un modelo a seguir como comunicación del cese, no puede decirse que responda a una situación de discriminación, sino a un interés de la empresa de mantener unas cotas de productividad elevadas. Por ello, la respuesta del ordenamiento jurídico es la de considerar que dicho despido es improcedente” .*

El TSJ de Cataluña ha venido teniendo hasta el momento un criterio variable en lo que a la calificación de los despidos de trabajadores en situación de incapacidad temporal se refiere. En este sentido, la sentencia del TSJ de Cataluña número 712/2005, de 31 de enero de 2005, afirma que *“la determinación de la calificación del despido reactivo ante un procedimiento de incapacidad tempo-*

ral" no debería ser otra que la nulidad. Sin embargo, el TSJ acató en este supuesto la opinión sentada por el Tribunal Supremo (y ahora por el TJCE) y calificó el despido enjuiciado como improcedente y no como nulo.

Por el contrario, como ya comentamos en el número 4/2006 de IUSLabor, la sentencia del TSJ de Cataluña número 5340/2006, dictada en Sala el 12 de julio de 2006, que asimismo el Tribunal señala como parte de su argumentación, confirmó la nulidad del despido de un trabajador durante su proceso de incapacidad temporal, fundamentándose para ello en matices – nuevamente acudía a los matices- de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. A pesar de ello, 11 magistrados expresaron su parecer contrario al mayoritario en un voto particular. En éste, reflejaron su opinión favorable a la calificación como improcedente –y no como nulo- del despido enjuiciado, entendiendo que la incapacidad temporal y la discapacidad son figuras distintas y que el demandante se encontraba en situación de incapacidad temporal pero no era minusválido ni fue despedido como consecuencia de una minusvalía.

De manera coherente, este voto particular entendió que *“con carácter general el despido de un trabajador que se halla en situación de incapacidad temporal debe seguir siendo declarado como improcedente y no como nulo, al no haber sido modificada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”* y que *“no se aprecia un trato desigual respecto de otros trabajadores de una importante empresa privada que se mueve en el marco de la economía de mercado (...) sin que tampoco concurra una causa de discriminación prohibida por la ley (...) por no estarse ante un auténtico colectivo de trabajadores afectados por una decisión empresarial discriminatoria”*.

En el mismo sentido de calificar nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, el TSJ de Cataluña ha dictado las sentencias de fecha 28 de julio y de 7 de septiembre de 2006.

También el TSJ de Madrid, además de en su sentencia de 18 de julio de 2006, dictada en el recurso de suplicación 1309/2006 –ya citada por el TSJ de Cataluña-, dictó en esa misma fecha la sentencia número 633/2006, en el recurso de suplicación 2469/2006, en la que consideraba asimismo nulo el despido de una trabajadora en situación de incapacidad temporal. A pesar de iniciar su razonamiento afirmando que *“la pérdida funcional, en principio transitoria, que la enfermedad supone, no puede equipararse a la discapacidad”*, de conformidad con la sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, afirma más adelante

que “estamos aplicando la lógica del principio de garantía de indemnidad entendida en un sentido lato, como exención de sanciones o represalias para quien ejerce un derecho o hace valer su posición jurídica”. Continúa diciendo que no considera que el despido de un trabajador en incapacidad temporal “sea una simple medida de conveniencia empresarial ante la pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador, que como causa no lícita determine la improcedencia del despido y no su nulidad, tal y como ha señalado el TS”, para finalizar basando la argumentación en que “la dignidad humana constituye la base última de la convivencia democrática, de tal forma que la democracia constitucional no resulta viable si no se adopta como criterio de orientación permanente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad”, poniendo de relieve que “nuestro globalizado sistema de valores sólo es justo cuando es la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, no la riqueza material o económica, el fin último perseguido”, por lo que el empresario no “puede prescindir del trabajador enfermo porque no le es productivo o económicamente rentable, como si de una máquina averiada, o ya inservible, se tratase”.

El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 11 de julio de 2006 a la que también hace referencia el TSJ de Cataluña, considera que al no existir en la Directiva 2000/78/CE una prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad, en el caso de que una persona sea despedida por su empresario “exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”. En este sentido, según afirma el TJCE, la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en materia de despido afecta únicamente al despido por motivos de discapacidad que “no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate”.

Por otra parte, en la citada sentencia, el TJCE afirma que, a pesar de ser cierto que el derecho a la no discriminación se encuentra entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, “de ello 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”. Por lo tanto, según el propio TJCE, la enfermedad en sí misma no puede considerarse un motivo adicional a aquellos en relación a los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe cualquier clase de discriminación.

Tal y como indicamos en nuestro comentario del número 4/2006 de IUSLabor, tanto el TJCE como nuestro Tribunal Supremo y la mayor parte de TSJ muestran un criterio sólido y mantenido a lo largo del tiempo sobre las causas de discriminación en materia de despido así como sobre el hecho de que la discriminación por razón de enfermedad no viene protegida por la legislación comunitaria ni por la legislación española, que solamente hacen referencia a la discapacidad como situación personal protegida por los principios de igualdad y de no discriminación.

De hecho, el propio TSJ de Cataluña se ha pronunciado de manera contraria a como lo hace en la sentencia comentada en multitud de ocasiones en las que ha tenido oportunidad de juzgar supuestos similares. Así, en su sentencia de 22 de marzo de 2006, en un supuesto en el que la empresa manifiesta expresamente en el acto de juicio oral que la carta de despido *“es de pura conveniencia empresarial de extinción de contrato”* y por tanto la causa de despido es *“simplemente el hecho de que el trabajador no es rentable para la empresa a causa de la referida situación de incapacidad temporal”*, declara dicho despido improcedente y no nulo. Y ello porque, tal y como expresamente afirma, *“el despido no se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a la baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador que, por otra parte, queda protegido por el sistema público de Seguridad Social”*.

El Tribunal llevaba a cabo en su sentencia de 22 de marzo de 2006 un razonamiento de gran trascendencia que parece no haber tenido en cuenta, por el contrario, en la sentencia que comentamos, puesto que en aquel momento afirmaba que la consideración de la incapacidad como generadora de una protección contra el despido hasta el punto de ser calificado como nulo *“supondría que sería discriminatorio extinguir el contrato de trabajo de un trabajador que ha sido declarado afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual o también las extinciones del contrato de trabajo por causas objetivas de ineptitud o de ausencias aun justificadas por razones de enfermedad”*.

También es peculiar el cambio de criterio del TSJ de Cataluña con respecto a la sentencia dictada por este Tribunal en fecha 28 de julio de 2006 en dos elementos esenciales en los que el TSJ fundamenta su fallo. Por una parte, en el contenido del Convenio 158 de la OIT; por otra, en la supuesta violación de la garantía de indemnidad.

Con respecto al Convenio 158 de la OIT, mientras que en la sentencia objeto de presente comentario se lleva a cabo un estudio lingüístico de la traducción del Convenio en su incorporación a la legislación española y se afirma que ha de otorgarse una protección similar a los despidos basados en la enfermedad que al resto, en su sentencia de 28 de julio de 2006, con apoyo en un sentencia del TS de 12 de julio de 2004, el TSJ afirmaba que las consecuencias indemnizatorias derivadas de la calificación de un despido como improcedente *“se corresponden perfectamente con el invocado artículo 6 del Convenio 158 de la OIT, en el que se dice que la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad no puede constituir causa justificada de la terminación del contrato, como efectivamente ocurre en este caso, en el que se estima como improcedente o, lo que es lo mismo, sin causa justificada”*.

Por tanto, el Tribunal, en lugar de centrarse en matizaciones lingüísticas y en afirmar la protección de los despidos basados en la enfermedad del trabajador, asumía ya en aquel momento sin problemas el artículo 6 del Convenio y exponía de manera razonada y coherente que los despidos basados en la enfermedad, los cuales, al conllevar la calificación de improcedentes y llevar aparejada la indemnización correspondiente, están dotados de una protección suficiente y equiparable a la del resto de despidos.

Por otra parte, con respecto a esa supuesta violación del principio de garantía de indemnidad que el TSJ de Cataluña indica en la sentencia objeto del presente comentario –basando la violación en que el despido es una reacción empresarial desproporcionada al uso que el trabajador había hecho de su derecho a la salud-, por vincular dicho derecho de forma mediata al derecho fundamental a la vida y la integridad física, hemos de resaltar que en su sentencia de 28 de julio de 2006 negaba cualquier vinculación de dicho principio en los supuestos de despido en caso de enfermedad. En este sentido, el Tribunal afirmaba que no existía vulneración del principio puesto que *“la garantía de indemnidad que se comprende en el mismo comporta la existencia de actuaciones previas del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos laborales y que precisamente sean esas actuaciones las contestadas con el acto empresarial. En este caso, la trabajadora ha utilizado pacíficamente su innegado derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones que para la incapacidad temporal previene la norma y ninguna relación existe entre la utilización del derecho como tal y la acción empresarial”*.

En el supuesto de hecho de la sentencia comentada, el trabajador ejerció su derecho a la incapacidad temporal, no siendo hasta un año y varios meses después de dicho ejercicio que la empresa optó por finalizar su contrato de trabajo sobre la base de la falta de rentabilidad. Por lo tanto, no parece que la actuación empresarial pueda calificarse de vulneradora del principio de garantía de indemnidad –en el supuesto de que fuera aplicable a una situación como la enjuiciada-, puesto que en ningún momento al trabajador se le negó el ejercicio de ningún derecho ni el actuar empresarial fue consecuencia de dicho ejercicio.

Por tanto, el TSJ de Cataluña se plantea en la sentencia que comentamos una serie de cuestiones que parecía tener ya claras con anterioridad y sobre las que ya tenía un criterio fijado. Por ello y por el sentido del fallo, esta sentencia abre la puerta –conjuntamente con algún pronunciamiento del TSJ de Madrid- a una nueva línea jurisprudencial en materia de despidos de trabajadores en situación de incapacidad temporal. Una puerta, no obstante, que ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional parecen estar dispuestos a mantener abierta por mucho tiempo, tal y como se desprende de sus últimas resoluciones en esta materia.

El primero, en su sentencia de 11 de diciembre de 2007 (recurso de casación para u.d. 4355/2006), que curiosamente resuelve un recurso planteado contra una sentencia del TSJ de Cataluña en línea con la comentada aquí, hace un extenso repaso de la jurisprudencia de los Tribunales en la materia, afirmando que el artículo 14 CE *“no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”*, sino que ha de referirse exclusivamente a *“condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas”*.

Según el Tribunal Supremo, la enfermedad constituye *“una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores”*, pudiendo determinar incluso que *“el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa”*. Por ello, podría *“incurrir en conducta ilícita si no demuestra la concurrencia de la causa de despido [...] pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación”*.

También el Tribunal Supremo diferencia taxativamente entre enfermedad y discapacidad, indicando que *“ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables”*.

Realiza una inteligente reflexión al respecto cuando afirma que *“la enfermedad [...] es 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”*, calificando al grupo de trabajadores enfermos como *“grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo”*. En cambio, la discapacidad es *“una situación permanente de minusvalía [...] que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada”*, señalando incluso que *“en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un ‘estatus’ que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa”*.

Concluye el Tribunal Supremo 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”*, otorgando finalmente la razón a la empresa recurrente y declarando la inexistencia de nulidad del despido por inexistencia asimismo de una situación discriminatoria.

Confirmando la doctrina establecida por este Tribunal, el Tribunal Constitucional, dicta su sentencia 62/2008, de 26 de mayo, en materia de despido de un trabajador motivado por la dolencia sufrida por éste que le impedía el desarrollo de sus funciones y que conocía el trabajador antes de ser contratado.

Afirma que la *“enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humano en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE”*. Por tanto, niega que la enfermedad pueda incluirse en la cláusula genérica de causas discriminatorias del artículo 14 *in fine* de la CE.

Asimismo, rechaza el argumento presentado por el Ministerio Fiscal de considerar que el colectivo de trabajadores enfermos sean *“personas con características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad”*, una especie de categoría intermedia o *“tertium genus”* (en palabras del propio

Ministerio Fiscal) entre la enfermedad temporal y la incapacidad permanente, y que por tanto no se trata de un colectivo históricamente discriminado o en situación de exclusión social.

No es suficiente, como afirma el Tribunal, para que un despido sea calificado como nulo que la enfermedad del trabajador fuera alegada por la empresa desde una perspectiva estrictamente funcional en el sentido de que hacía que su relación laboral dejara de ser rentable, sino que es necesaria la estigmatización como persona enferma de quien padece la enfermedad.

Dicha sentencia contiene un Voto Particular que entiende que el despido debería considerarse nulo y no improcedente sobre la base de que el trabajador, a quien ha sido rechazada la concesión de una incapacidad permanente por el INSS, se encuentra ahora ante la paradoja de que su despido (fundamentado precisamente en su enfermedad) no es nulo, lo que le lleva a una situación de exclusión social y laboral.

Afirma el Magistrado firmante del Voto Particular que *“los principios esenciales de la libertad, la igualdad y la dignidad humana no sólo se aseguran en el ámbito de lo público sino también en el ámbito de las relaciones laborales”*, por lo que *“difícilmente puede existir una sociedad democrática si no se respeta el principio de igualdad en el puesto de trabajo”*.

Se trata, como hemos indicado, de un Voto Particular en este caso minoritario. No obstante, no debemos olvidar que Tribunales como el TSJ de Cataluña –como ha quedado reflejado a lo largo del presente artículo– es fiel seguidor de esta línea doctrinal, por lo que es probable que durante los próximos meses encontremos nuevos pronunciamientos en ambos sentidos por parte de diferentes Tribunales.

No obstante, consideramos que es necesario resaltar nuevamente el enorme riesgo que la confusión de los conceptos “enfermedad” y “discapacidad” conlleva. Es esencial tener en cuenta que se trata de conceptos diferentes a los que ha de darse un tratamiento diferenciado, tal y como ha hecho además el legislador e interpretan tanto el TJCE como nuestros Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional y la mayor parte de Tribunales Superiores de Justicia.

No hacer ninguna distinción entre ambos conceptos provocaría situaciones de difícil sostenibilidad en casos como el apuntado por el TSJ de Cataluña en su sentencia de 22 de marzo de 2006 -nulidad de despidos en casos de incapacidad sobrevenida-, pero además la imposibilidad *de facto* de despedir a trabajadores en situación de baja por incapacidad temporal, convirtiéndose esta figura jurídica en un “refugio” para aquellos trabajadores que pudieran prever la extinción de su contrato de trabajo.

En cualquier caso, será necesario observar la evolución de esta cuestión en los próximos meses en nuestra jurisprudencia así como si el criterio mantenido por el TSJ de Cataluña en la presente sentencia es seguido por otros TSJ (así como por el propio TSJ de Cataluña en futuros pronunciamientos) o, por el contrario y como sería además deseable, continúa manteniéndose el criterio sentado por el TJCE y por el Tribunal Supremo.

Diego Enjuto Jareño
IUSLabor 1/2008
ISSN: 1699-2938