

DESPIDO DE TRABAJADORA EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL. EL DESPIDO ES IMPROCEDENTE Y NO NULO

Estimados afiliados/afiliadas, en este artículo vamos a comentar la Sentencia nº 366/2016 del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Social, con número de recurso 3348/2014. Ponente: Segoviano Astaburuaga, María Luisa, que hace referencia al Despido de trabajadora en situación de IT. El despido es improcedente y no nulo. Se rechaza la posibilidad de declarar nulo el despido de un trabajador enfermo, no aceptando que se vulnere ni la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE, ni la indemnidad del artículo 24 de la CE, ni la integridad física en relación con el derecho a la salud del

Como ANTECEDENTES DE HECHO destacar:

PRIMERO.-Con fecha 19 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimo íntegramente la demanda presentada por Amparo contra **CONNECTA CALL CENTER**, SL en demanda de impugnación de DESPIDO DISCIPLINARIO, y declaro la nulidad del despido notificado el 11.3.13, por concurrir [vulneración de los artículos 24.1 de la Constitución Española \(CE\), 14 y 15 CE](#) (por indefensión y discriminación en el despido, y lesión al derecho a la integridad física), condenando a la demandada a la inmediata readmisión de la demandante en sus anteriores condiciones así como al pago a la demandante de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, así como al pago de una indemnización de 10.000€ por daños morales y al importe de 600€ en concepto de honorarios de su letrado. Con absolución del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de su responsabilidad legal.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Connecta Call Center, S.L., formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 01 de julio de 2014, recurso 956/2014, en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos estimar y esti-

mamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa CONNECTA CALL CENTER SL contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de los de Barcelona, dimanante de autos 398/13 seguidos a instancia de D.ª Amparo contra la recurrente y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar dictamos otra en la que declaramos el despido de fecha 11-3-2013 como IMPROCEDENTE, y por ende el empresario y en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 2.084 en este segundo supuesto se entiende como fecha de extinción de la relación laboral la del despido.

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, D.ª Amparo, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, sede Las Palmas, de fecha 22 de diciembre de 2010, recurso 1314/2010.

Como **FUNDAMENTOS DE DERECHO** destacar lo siguientes:

TERCERO.- La recurrente alega infracción de la jurisprudencia, citando la STJUE de 11 de abril de 2013, C 337/2011, "Caso Ring ", STC 62/2008, de 26 de mayo y STS, Sala Cuarta de 29 de enero de 2001, recurso 1566/2000 .

En esencia alega que considera atentatorio a la dignidad personal y cabalmente discriminatorio el despido de la recurrente, por el único hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal.

El TC en sentencia 62/2008, de 26 de mayo , en la que examinó si debía calificarse de nulo, por discriminatorio, el despido de un trabajador que, con anterioridad a ser contratado había sufrido múltiples episodios de IT, relacionados con su profesión habitual de oficial de 1ª albañil, en empresa de construcción, contiene el siguiente razonamiento:

Como ha señalado con reiteración este Tribunal al analizar el art. 14 CE , 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. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5 ; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2 ; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2 ; 17/2003, de 30 de enero , FJ 3 ; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3 ; 182/2005, de 4 de julio , FJ 4 ; 41/2006, de 13 de febrero, FJ 6 , o 3/2007, de 15 de enero , FJ 2).

No cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE , encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones per-

sonales o sociales contemplada en el mismo.

La sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009, recurso 602/2008 , ha examinado el supuesto en el que se procede al despido de un trabajador alegando falta de rendimiento, cuando la causa real eran las situaciones de IT que venía presentando, concluyendo la sentencia que la enfermedad no es equiparable a discapacidad, a efectos de discriminación, por lo que el despido ha de ser calificado de improcedente y no nulo. Contiene el siguiente razonamiento:

No cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE , encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo.

Como dice nuestra sentencia de 29 de enero de 2001 , la cláusula final del art. 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". Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que "históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas". En los términos de STC 166/1988 , se trata de "determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas" que han situado a "sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE ".

Esta concepción de la discriminación, en la que coinciden como se ha visto la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria, no debe ser sustituida por la expresada en la sentencia recurrida, donde se omite la referencia a los móviles específicos de la conducta discriminatoria. Así pues, manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29-1-2001, citada). Se trata, por una parte, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores. Se trata, además, de una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que "el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa" (STS 29-1-2001, citada). De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación"

"Sólo en determinados supuestos, por ejemplo el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, puede el despido por enfermedad o baja médica ser calificado como despido discriminatorio, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 17/2007), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres.

Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros "derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador" (art. 55.5 ET y 108.2 LPL) distintos del

derecho a no ser discriminado. En el presente pleito este argumento ha sido utilizado en la sentencia de instancia, insinuándose también en la definición genérica y extensiva de discriminación que utiliza la sentencia recurrida. El derecho constitucional señalado al efecto por la sentencia de instancia es el "derecho a la protección de la salud" reconocido en el art. 43.1 CE. Pero, sin entrar ahora en si el contenido de la protección de la salud puede alcanzar a conductas empresariales potestativas o de configuración jurídica como la enjuiciada en este caso, lo cierto es que, siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional, el derecho mencionado no está comprendido en la categoría de los "derechos fundamentales y libertades públicas" (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales mencionados sobre nulidad del despido. El art. 43.1 CE está situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los "principios rectores del orden social y económico", a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo. Así lo dice literalmente el art. 53.3 CE ("El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen").

QUINTO.- Después de rechazarse en la sentencia transcrita la existencia de discriminación en el sentido en que lo entendió la sentencia recurrida, se ocupa aquella en dar respuesta a los argumentos utilizados en la segunda línea de argumentación de la tesis de la nulidad del despido por enfermedad, que fue, tal y como se dijo al relatar la forma y los razonamientos que se contiene en la sentencia de instancia, la equiparación de la enfermedad a la discapacidad.

En nuestra anterior sentencia rechazamos esa equiparación. En principio hay que decir que, efectivamente, esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nue-

va redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º ET ("Los trabajadores en la relación de trabajo tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables. Y así se rechaza esa equiparación afirmando que "la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, 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.

Como ha recordado STS 22-11-2007 (citada) la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid . De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la 'equiparación' de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que 'la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período', 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 CE 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 su parte la sentencia de 12 de julio de 2012, recurso 2789/2011 contiene el siguiente razonamiento: «El desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni

figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE , ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas (entre otras, STS 29-1- 2001, rec. 1566/2000 y STS 11-12-2007, rec. 4355/2006). No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal.»

Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la desestimación del recurso formulado.

En consecuencia, al no existir un factor de discriminación en el despido de la recurrente, ni estar encuadrado en los supuestos que el ET califica como despidos nulos, el mismo ha de merecer la calificación de despido improcedente.

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 LRJS .

**Francisco José
Malfeito Natividad**
Director Asesoría
Jurídica
USO-Madrid
(en excedencia)

