

Nulidad del despido de trabajadora con cáncer uterino por discapacidad y género

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 45/2019, de 18 de enero](#)

Carmen Sánchez Trigueros

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia*

1. Introducción. Marco normativo

Muchas veces se ha cuestionado que el despido basado en la enfermedad de la persona, mucho más si esta es grave, como sucede con el cáncer, conlleve en nuestro derecho el tibio reproche de la improcedencia. Pero lo cierto es que la opinión mayoritaria, sea por convicción o por resignación, acaba asumiendo esa premisa al observar cómo los tribunales vienen confirmando, casi de manera unánime, que no existe, *a priori*, discriminación alguna en tal decisión extintiva, incluso en el supuesto de que la carta de despido contenga una mera alegación genérica de un incumplimiento disciplinario o causa objetiva inexistentes¹.

En este sentido, más allá de los supuestos en los que el despido obedezca a causas de «segregación/estigmatización» –[Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008](#)–, o venga

¹ El Tribunal Supremo (TS), en sus Sentencias de [29 de septiembre de 2014 \(rec. 3248/2013\)](#) y [5 de mayo de 2015 \(rec. 2659/2013\)](#), recuerda la «invariable» conclusión de que, en aquellos supuestos en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de la extinción contractual, el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo, consideración que enlaza con la línea jurisprudencial según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo –el llamado «despido fraudulento»– no justifica por sí misma la calificación de nulidad; consideraciones que avala la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) al enunciar, de manera cerrada ([art. 108.2](#)), los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo.

Cómo citar: Sánchez Trigueros, C. (2019). Nulidad del despido de trabajadora con cáncer uterino por discapacidad y género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 45/2019, de 18 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 189-196.

precedido de una «presión empresarial»² tendente a adelantar la reincorporación desde la baja médica o a impedir el propio inicio de esta situación, no se viene calificando como nulo el despido que se basa en el padecimiento de una patología (entendida la enfermedad como aquella situación contingente de alteración de la salud que afecta temporalmente a su capacidad de trabajo). De manera que prescindir de una persona enferma, por mera conveniencia empresarial, salvo que concurran los aludidos factores de segregación, no opera como elemento determinante de la nulidad.

Pero todo indica que ese estado de cosas está cambiando. Asistimos, expectantes, a un nuevo panorama doctrinal y judicial, sin duda propiciado por las protestas de quienes consideraban que, si la enfermedad del trabajador es la causa real de la terminación del contrato, debe entenderse que se ha producido un despido nulo.

Más concretamente, se ha reabierto el debate sobre la calificación que merecen los despidos de trabajadores basados en su situación de incapacidad temporal (IT). Generalmente, el origen se halla en una interpretación extensiva del concepto de «discapacidad», tomando como base las previsiones de la [Directiva 2000/78/CE](#), para permitir su lectura flexible y expansiva, en buena medida de la mano de la evolución jurisprudencial protagonizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Recordando lo obvio: la discapacidad está tipificada como causa de discriminación laboral, de modo que propicia la nulidad del despido cuando existan elementos de juicio que permitan considerar que el mismo se ha basado realmente en esa circunstancia. A medida que el concepto de «persona con discapacidad» se ha ampliado, incluyendo determinadas enfermedades (las que propician la marginación, las que estigmatizan, las congénitas, las de duración impredecible, etc.), también lo ha hecho el número de despidos potencialmente calificables como nulos. Y la entrada en juego de las normas antidiscriminatorias incide de manera relevante en el modo de afrontar y resolver estos litigios. Baste recordar al efecto que:

[...] en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de [...] discapacidad [...] corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Este nuevo contexto, en cuya base se sitúa, como acabamos de anticipar, la inclusión de determinadas enfermedades en el concepto de «discapacidad», puede enriquecerse, además, con otros factores protagonistas como la perspectiva de género (cuando es el sexo femenino

² La [STS de 31 de enero de 2011 \(rec. 1532/2010\)](#) considera una lesión a la integridad física amenazar con despido a un trabajador en incapacidad temporal si no pide el alta médica voluntaria y se reincorpora al trabajo.

el mayor afectado por la lesión que provoca la discapacidad) o la consideración objetiva de la patología oncológica, en general, como paradigma de dolencia «discapacitante», elementos ambos abordados, siquiera sucintamente, por la resolución judicial que ahora se comenta.

Son varios los preceptos constitucionales que podrían verse concernidos en el despido de un trabajador a causa de su enfermedad, entre ellos los derechos fundamentales que prohíben la discriminación (art. 14) o la lesión a su integridad física (art. 15), y el principio rector (vinculado con el anterior) de protección de la salud (art. 43).

En el nivel de legalidad ordinaria interna, y por lo que respecta a las personas con discapacidad, el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), garantiza, en su artículo 35, la igualdad de trato y prohibición de discriminación, directa o indirecta, así como también del acoso, estableciéndose en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET) la nulidad de los actos del empresario que sean discriminatorios por motivo de discapacidad.

En el ámbito comunitario (derecho originario), el artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce, a las personas con discapacidad, el derecho a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, pudiendo la Unión Europea, según el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), adoptar en su ámbito competencial acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad.

Derivadamente, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, se ocupa del marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, mientras que por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, la Unión Europea se adhiere a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), lo que viene interpretándose como que, desde ese momento, la directiva, en particular el alcance del propio concepto de «persona con discapacidad», debe interpretarse conforme a esta convención.

Y, precisamente, en la interpretación de este acervo comunitario, el TJUE viene elaborando su doctrina, apoyada en los hitos reconocibles que representan sus Sentencias de 11 de julio de 2006 (asunto C-13/05, Chacón Navas), 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, Ring), 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15, Daouidi) y 18 de febrero de 2017 (asunto C-270/16, Ruiz Conejero), todas ellas objeto de amplio tratamiento por parte de la doctrina y seguimiento por los órganos jurisdiccionales internos, con distinto alcance.

En esencia, se configura la enfermedad como factor de discriminación cuando la misma limite la capacidad funcional del trabajador a largo plazo, lo que habrá de ser valorado por los órganos jurisdiccionales internos que, a la postre, determinarán, en cada caso concreto, si estamos ante una situación desfavorable que puede llegar a constituir, o no, una discriminación por discapacidad.

2. El supuesto de hecho

Una camarera, con antigüedad de abril de 2017, ingresa el día 5 de mayo de 2018 en el servicio de urgencias, donde es diagnosticada de un carcinoma de útero, hecho que comunica verbalmente a la empresa ese mismo día, con aportación, el día 10 de mayo, del correspondiente parte de baja médica (en el que constaba una duración prevista de 68 días).

Al día siguiente, 11 de mayo, la empresa cursa su baja en la Seguridad Social (explicándole que no podía «sostener» esa baja médica, al ser temporada alta y contar con pocas trabajadoras). El día 13 de mayo, la trabajadora remite a la empresa un correo electrónico en el que reitera la información adelantada verbalmente relativa al confirmado diagnóstico de cáncer uterino. Al día siguiente, la empresa comunica a la Tesorería General de la Seguridad Social que la fecha correcta de baja en la Seguridad Social es el 15 de mayo.

La trabajadora recibe comunicación escrita de despido, con efectos del citado 15 de mayo, imputándole una «disminución continuada de su actividad laboral y el consiguiente incumplimiento de las funciones propias de su puesto de trabajo, lo que influye de forma negativa en el funcionamiento integral de la actividad y la organización de la empresa». De tal genérica descripción de la causa deriva la ulterior aceptación empresarial de las consecuencias propias de un despido improcedente, incluida la opción de indemnizar a la trabajadora en una pequeña cantidad (1.469,16 €), acorde con su limitada antigüedad.

3. La demanda actora y la respuesta judicial

No constan en la resolución comentada datos sobre el preceptivo agotamiento de la vía preprocesal ni del resultado de la misma, situándose el inicio del *iter* procesal en la demanda formulada frente al despido de fecha 15 de mayo de 2018, que fue turnada al Juzgado de lo Social número 3 de Santander, dictándose sentencia el 24 de septiembre de 2018 (proc. 342/2018). La resolución judicial de instancia no considera que haya un despido nulo, pero sí improcedente, estimando la petición subsidiaria de la trabajadora.

Frente a esa sentencia, la trabajadora formalizó recurso de suplicación, insistiendo en la nulidad del despido, al entender que, en su caso, se había materializado un despido sin causa durante el periodo de baja médica, que obedecía a la discapacidad de la trabajadora, como factor discriminatorio, enfatizando su condición de mujer y el carácter previsiblemente grave y duradero de una enfermedad, el cáncer de útero, propia del género femenino –con apoyo en los arts. 55 ET; 108.2 y 83 LRJS; 10, 14, 24, 31 y 43 Constitución española (CE); 5 Convenio 158 Organización Internacional del Trabajo; 2.2 b) Directiva 2000/78/CE; y 6.1 Carta Social Europea–.

Elevados los autos al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cantabria, lo primero que hace la sala es advertir que el despido por razón de «discapacidad» es cuestión bien distinta

al despido por razón de «enfermedad», lo que obliga a diferenciar bien ambos conceptos, dado su distinto marco jurídico protector. En tal empeño, argumenta, debe acudir no solo a la normativa interna (arts. 14, 15 y 43 CE), sino también a los instrumentos internacionales y supranacionales que abordan el fenómeno de la discapacidad, con referencia expresa a la CDFUE (art. 26), al TFUE (art. 19), a la [Directiva 2000/78/CE](#) y a la [Decisión del Consejo 2010/48](#), por la que la Unión Europea se adhiere a la CDPD.

Tras ello, efectúa la sala cántabra un repaso de la doctrina comunitaria al efecto (asuntos [Chacón Navas](#), [Ring](#), [Daouidi](#), [Ruiz Conejero](#)), así como de los pronunciamientos de nuestro TS, con mención expresa de las SSTS de [3 de mayo de 2016](#) y [15 de marzo de 2018](#) (recs. 3348/2014 y 2766/2016). En la primera de ellas, la Sala Cuarta negó la existencia de un despido nulo (trabajadora que sufrió un accidente –latigazo cervical– con baja médica, que es despedida junto a otras trabajadoras en situación de IT) al entender que no era la mera existencia de la enfermedad la causa del mismo, sino la «incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio». La segunda sentencia (trabajador que inicia baja médica el 13 de octubre de 2014 por trastorno depresivo grave, que es despedido el 31 de julio de 2015 por causa disciplinaria inexistente) rechaza igualmente la nulidad del despido, distinguiendo la «simple baja por enfermedad» en que –dice– se encuentra el recurrente del concepto de discapacidad, entendido como «limitación en la participación plena y efectiva en la vida profesional», subsumiendo el supuesto en el de mera enfermedad, dado que en la fecha del despido no se había agotado el periodo máximo de IT, sin que constase tampoco resolución acerca de una situación duradera de futuro.

Finalmente, el TSJ aborda la resolución del caso, inclinándose por la nulidad del despido, al entender que existen «varios indicios para entender que no estamos ante una mera enfermedad sino ante una discapacidad». Esa nulidad está basada en que la terminación del contrato de trabajo trae causa de la enfermedad oncológica y en que esta debe asimilarse a una discapacidad. Se trata de una premisa o argumento que puede considerarse de carácter genérico y objetivo: la patología oncológica padecida constituye una enfermedad de «larga duración». Apunta el TSJ a que el cáncer de útero (consideraciones extensibles a la mayoría de carcinomas):

[...] ocasiona una limitación duradera, al tratarse de un proceso morbosos que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo; muy al contrario, es muy posible que su tratamiento conlleve cirugía, radiación o tratamiento con quimioterapia, opciones terapéuticas que se prolongarán en el tiempo e impedirán la participación plena y efectiva de la actora en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Junto a esa valoración, muy concordante con las últimas sentencias ya reseñadas, aparece un refuerzo argumental más específico, atento a la concreta modalidad patológica concurrente (el carcinoma uterino) para destacar su carácter «netamente femenino», que

«impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género». Esta palanca argumental, mucho más interesante que la primera, sin embargo, aparece solo mencionada, de manera clara, pero sin desarrollo alguno. Desgraciadamente, la sentencia no la acompaña de ninguna otra consideración, siquiera sucinta, que habría enriquecido su posicionamiento y otorgado una mayor relevancia doctrinal a una resolución judicial cuya mayor singularidad es, precisamente, la introducción en este resorte analítico que suele identificarse, con mayor o menor acierto, como «perspectiva de género».

Culminando ese razonamiento, al no haberse desvirtuado los indicios de discriminación descritos en los hechos probados, careciendo de un soporte objetivo y ajeno a ellos, el despido se reputa nulo por discriminatorio, con las consecuencias inherentes al mismo (readmisión inmediata y abono de salarios de trámite), sin que la sentencia contenga mención alguna a indemnización complementaria por la lesión constitucional.

4. Valoración de la sentencia y breve reflexión final

Superada la exigencia de una concreta resolución administrativa que la reconozca, la discapacidad puede actuar como factor contrario a la discriminación en supuestos de IT de larga duración de quienes, por razón de su enfermedad, se mantienen apartados del mercado de trabajo. Es razonable pensar que el empleador con cabal conocimiento de la existencia de dicha IT y de su causa, de la limitación laboral que comporta y de su previsible prolongación en el tiempo, está expulsando de la empresa a esa persona, precisamente para evitar las cargas o distorsiones que su mantenimiento podría comportar (abono de cotizaciones a la Seguridad Social, contratación de personal interino, reserva del empleo, reincorporación precisada de actualizaciones profesionales, etc.). Justamente eso es lo que persigue el régimen jurídico (protegiendo a fin de intentar evitar la discriminación; reparando las consecuencias de ella y reprimiendo al infractor).

En estos casos, por tanto, la falta de justificación de la causa puede convertirse en el mejor aliado de quien alega la nulidad, pues, expuestos los indicios, la carga de la prueba atañe al empresario. Si la situación anterior se considera panorama indiciario suficiente, entonces más vale que el empresario se afane en justificar e intentar acreditar que la causa extintiva nada tiene que ver con el cese; la doctrina comunitaria, y su paulatina recepción por nuestros tribunales, sin duda va a exigir a los empresarios una mayor cautela a la hora de «construir» la carta de despido, huyendo de imputaciones disciplinarias genéricas o de motivos objetivos inconsistentes. El efecto disuasorio es, desde luego, notable (repárese en que en ámbitos extrajurídicos aún mantiene cierta vigencia la creencia popular de que el trabajador en situación de baja médica se encuentra «blindado» ante decisiones de despido).

En cuanto a la duración (prevista o real) del proceso patológico que permite la «transformación» de la enfermedad en discapacidad, no hay reglas ni parámetros objetivos, imponiéndose

dose la casuística propia de cada supuesto. Las previsiones de duración contenidas en los partes de IT, basadas en protocolos sanitarios de duración media de cada proceso, pueden servir como parámetro tentativo, siempre susceptible de ajustes ante las circunstancias de cada caso. En este sentido merece mención especial el tratamiento que haya de darse a las eventuales recaídas, pues una enfermedad puede cursar de manera intermitente o a brotes, lo que dificulta la prolongación excesiva de un solo proceso de baja médica. Desde esta perspectiva, ¿acaso no podría considerarse nulo el despido de quien, aun estando en alta médica en la fecha de cese, presenta una enfermedad de base propicia a continuas recaídas?

En cuanto al momento en que debe apreciarse la concurrencia del factor de discriminación, parece mayoritaria la consideración judicial y doctrinal que lo sitúa en la fecha del cese, momento en que se adopta contra el trabajador el acto presuntamente discriminatorio, si bien las circunstancias posteriores (como el mantenimiento de la IT hasta la fecha del enjuiciamiento) pueden influir sobre esa valoración.

Tampoco es ajena a este debate la «clásica» tensión entre el necesario conocimiento empresarial del estado de salud de quien trabaja y la esfera de intimidad que debe preservarse. ¿Es exigible determinado nivel de conocimiento por parte de la empresa respecto del estado de salud para que opere la protección antidiscriminatoria? ¿Puede la persona afectada por la dolencia dosificar el nivel de información que suministra a la empresa y graduar de ese modo su propia protección? ¿Acaso estamos ante una protección objetiva similar a la brindada a mujeres embarazadas y otros supuestos?

Los interrogantes no finalizan aquí, desde luego. La tipificación de la patología padecida es un factor que también puede operar desde la perspectiva analizada (calificación de la extinción contractual anudada a ella). ¿En qué casos la calificación administrativa de una discapacidad puede protegerse por esta vía? ¿Hay que activar los resortes descritos aunque la discapacidad carezca de efectos negativos sobre el trabajo desempeñado? ¿Es asimilable a la discapacidad una enfermedad profesional que carezca de consecuencias estigmatizantes?

En cuanto al tipo de dolencias y su eventual inclusión en el concepto de discapacidad, no existen listados, obviamente, pero la ciencia y el propio sentido común apuntan a que algunas patologías, como las oncológicas, anuncian situaciones de incapacidad laboral «complicadas», con eventuales hospitalizaciones, intervenciones quirúrgicas, tratamientos invasivos con efectos secundarios palpables, posibles recaídas, etc. Téngase en cuenta que el propio legislador estatutario ([art. 52 d](#)) considera ausencias no computables a efectos del despido objetivo las que «obedezcan a un tratamiento de cáncer o enfermedad grave», regulación que viene a asumir la alta probabilidad de periodos suspensivos del contrato de trabajo por dicha enfermedad.

En esta línea, la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 2018 (rec. 1371/2018), analizando el despido por causas objetivas de una trabajadora diagnosticada de cáncer de mama que acumulaba faltas de asistencia al trabajo con motivo de la enfermedad y el

tratamiento de la misma, dice no albergar ninguna duda de su encaje en el concepto de discapacidad, al producir:

[...] importantes afectaciones tanto de carácter físico como psíquico, que ha requerido de un largo tratamiento con resultado incierto y que ha impedido la participación de la trabajadora en el decurso ordinario de su quehacer profesional y laboral en las mismas condiciones que el resto de sus compañeros.

Sin embargo, otros pronunciamientos judiciales también recientes asumen una posición bastante diversa. La STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2018 (rec. 2411/2018) declara improcedente (no nula) la finalización del contrato de obra de una mujer con tumor maligno de mama, a la que la empresa volvió a ofrecer la misma plaza. En la STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2018 (rec. 547/2018) se niega la calificación de nulidad del despido de trabajador con neoplasia pulmonar y metástasis, pese a ser su enfermedad la causa del cese, porque no se prueba que el empresario conociera que se trataba de una enfermedad con una duración previsiblemente larga. En la [STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2017 \(rec. 2933/2017\)](#) se desestima la nulidad del despido de una trabajadora a la que extirpan masa mamaria, porque la patología no es duradera y, cuando la cesan, ya estaba dada de alta. El tema, pues, puede considerarse abierto y deseable cierta unificación de doctrina por parte del TS.

Por último, en cuanto a la perspectiva de género, es una pena que la sala de Cantabria no haya dedicado más atención a aquella que su simple mención, evidenciando un cierto modismo; en efecto, se afirma abordar el caso también desde una perspectiva de género, por ser el factor determinante de la baja médica un cáncer de útero, patología exclusivamente femenina, pero nada más se añade. Es evidente que los hombres también pueden ser víctimas de exclusión social o despidos por cáncer (no por esta modalidad, obviamente), por lo que se echa en falta una reflexión sobre la mayor desprotección o peor posición del género femenino en estos casos. ¿Presupone la sentencia comentada que debe aplicarse la protección propia de la no discriminación por razón de sexo a toda enfermedad exclusiva del sexo femenino? ¿Quizá quiere decirse que se trata de una enfermedad asociada al papel reproductor de la mujer y que siempre debe protegerse de ese modo, aunque no haya posible término masculino de comparación? ¿Es posible que se trate de trasladar a este ámbito la misma construcción que ha servido para enlazar el bloque de salud laboral con las normas antidiscriminatorias en materia de riesgo durante la lactancia o el embarazo?

Pese a todas las carencias y dudas que puedan plantearse, la [sentencia comentada](#) constituye un interesante y positivo ejemplo de cómo una solución insatisfactoria puede revisarse, sin cambios normativos, a partir de variaciones en el modo de aproximarse a ella.