

El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de «larga duración»: una de cal y otra de arena

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 2500/2017, de 19 de diciembre**

Josep Moreno Gené

*Profesor titular.
Universitat de Lleida*

1. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE «LARGA DURACIÓN»

Como es bien conocido, el Tribunal Supremo se ha mostrado muy reacio a calificar como nulo el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal (IT), calificándolo, por el contrario, únicamente como improcedente, con excepción de aquellos supuestos en que la enfermedad esté vinculada con algún factor discriminatorio, a saber, el sexo o la discapacidad, o con algún derecho fundamental.

El debate sobre esta cuestión, sin embargo, se ha reabierto a raíz de recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que parecen haber ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el artículo 2.2 b) de la [Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre](#), del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –curables o no– generen limitación en el trabajo. A partir de estas consideraciones, el despido sin causa legal del trabajador enfermo podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el citado artículo 2.2 b), cuando establece que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras».

En este proceso de asimilación de las enfermedades de larga duración con la discapacidad, cabe destacar la [STJUE de 11 de abril de 2013 \(asunto Ring\)](#), en la que se mantiene que:

El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.

Posteriormente, la [STJUE de 1 de diciembre de 2016 \(asunto Daouidi\)](#) –comentada en el núm. 406 de esta publicación– ha intentado precisar en qué supuestos una enfermedad puede ser calificada como de larga duración y, en consecuencia, ser equiparada a la situación de discapacidad. Con esta finalidad, el TJUE ha fijado los siguientes criterios:

El hecho de que el interesado se halle en situación de IT, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, (...) no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa directiva (...). Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgador remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Como cabía esperar, la irrupción de esta novedosa, pero al mismo tiempo imprecisa, doctrina del TJUE ha suscitado una gran litigiosidad, no en vano, la acreditación en cada caso concreto del carácter incierto de la reversibilidad de la patología desencadenante de la IT o la determinación de cuándo la misma debe considerarse suficientemente prolongada resultan ciertamente complejas. Precisamente, la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia \(STSJ\) del País Vasco de 19 de diciembre de 2017](#) aborda esta compleja cuestión.

2. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA SOLUCIÓN DE INSTANCIA

De la lectura de la [STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017](#) cabe destacar los siguientes hechos probados:

- La trabajadora ha venido prestando sus servicios para la empresa desde el 1 de octubre de 2015, inicialmente mediante un contrato temporal, transformado posteriormente en indefinido.

- Con fecha de 26 de septiembre de 2016, la trabajadora inició situación de IT, siendo calificado en el parte médico de baja el tipo de proceso como corto, con una duración estimada de 11 días, confirmándose el 2 de octubre en los mismos términos y el 16 del mismo mes como proceso corto con una duración estimada de 30 días. El 13 de noviembre de 2016 la IT es calificada en el parte médico de baja como tipo de proceso medio con una duración estimada de 60 días. El 18 de diciembre de 2016, la IT es calificada en el parte médico de baja como tipo de proceso largo con una duración estimada de 100 días con el diagnóstico de lumbago. Finalmente, el 22 de enero de 2017, se emite un nuevo parte de confirmación en el que la IT es calificada como tipo de proceso largo y duración estimada de 200 días, lo que se confirmó el 26 de febrero de 2017.
- Las pruebas médicas practicadas a la trabajadora con fecha de 25 de noviembre de 2016 arrojan el siguiente diagnóstico: «Degeneración moderada en disco L5-S1, donde se aprecia un desbordamiento discartrósico global asimétrico, de mayor distribución paracentral/laterofoaminal izquierda, aunque sin claro efecto compresivo sobre raíces izquierdas adyacentes».
- El 12 de enero de 2017 la empresa da de baja a la trabajadora en la Seguridad Social y le entrega carta de despido, motivado en «sus continuos errores».

Frente a la decisión empresarial, la trabajadora solicita la nulidad del despido por considerar, entre otros motivos, que el mismo es discriminatorio de conformidad con lo dispuesto en la [Directiva 2000/78](#) y la doctrina del TJUE que la interpreta. Frente a esta pretensión, la sentencia de instancia se limita a declarar el despido como improcedente, al entender que la causa esgrimida en la carta de despido no se había acreditado. Por el contrario, se rechaza la nulidad del despido por una posible causa de discriminación en razón de concurrir una discapacidad en la trabajadora, por entender que encontrándose la misma, al tiempo de la resolución contractual, en situación de IT, esta no constituía una discriminación por razón de discapacidad, en cuanto que no queda acreditado que la situación fuera duradera, de conformidad con lo requerido por el TJUE.

3. RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

El punto de partida de la [STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017](#) se encuentra en la nueva configuración de la discapacidad que se desprende de la normativa internacional, de las resoluciones del TJUE e, incluso, de la propia normativa nacional, en virtud de la cual, se ha rebasado la concepción tradicional de la discapacidad con base en una concreta resolución administrativa que así lo declare. Por el contrario, a criterio del tribunal, hoy en día puede apreciarse una discapacidad y una discriminación por dicha causa, «cuando los elementos fácticos conducen a objetivar una situación de IT de la persona que por razón de su situación física se prolonga

en el tiempo». A tal efecto, para poder apreciar en estos supuestos una posible discriminación, deben concurrir dos requisitos: en primer lugar, una situación que pueda conceptuarse de limitación de la capacidad de la persona, dentro del ámbito de la discapacidad definido legalmente; y, en segundo lugar, que esta limitación se muestre duradera en el tiempo, es decir, como un estado prolongado o largo.

A partir de estas premisas, el tribunal fija los siguientes elementos concurrentes de conexión con la discriminación: en primer lugar, si la resolución contractual obedece a una causa objetiva, autónoma y ajena a cualquier conector con la IT o, por el contrario, no existe la causalidad del despido que ha invocado la empresa; en segundo lugar, si la empresa acredita una causa justificativa del despido que no resulta contraria a la práctica del contrato de trabajo, y, finalmente, que exista un conocimiento de la situación de IT indiferente a cualquier previsibilidad de duración o de permanencia en el tiempo del riesgo protegido.

Llegados a este punto, a criterio de la sala, es necesario fijar un punto de delimitación del contorno de la discriminación desde el que bascule la calificación del despido por causa de una voluntad ajena a la contingencia –IT– o por causa de ella. Este factor delimitativo, sin embargo, no puede enervar la posibilidad de una discriminación objetiva, no en vano, cuando concurren todos los datos de conocimiento de la IT, a saber, durabilidad y limitación de la situación de la trabajadora, resulta difícil pensar que el empleador quede ajeno a una discriminación activa y directa. En este caso, procede una carga invertida de la prueba, donde el empleador acredite que su decisión extintiva está al margen de todo ello. En otros términos, los parámetros objetivos obligan, según el tribunal, a que el empresario muestre que su conducta es ajena a cualquier discriminación por la IT.

Una vez fijados estos criterios, el tribunal los aplica al supuesto enjuiciado, en el que, como ya se ha avanzado, en el momento del despido de la trabajadora la IT ya había sido calificada en el parte médico de baja como tipo de proceso largo con una duración estimada de 100 días y que, además, posteriormente, la misma se alargaría hasta 200 días. Pues bien, a partir de la constatación de estas circunstancias, la sala considera que la empresa, cuando tuvo conocimiento de que la situación de IT de la trabajadora iba a ser larga, decidió proceder a su despido. A tal efecto, considera que es clara la conexión temporal existente entre la calificación de la IT en el parte de baja como tipo de proceso largo con una duración estimada de 100 días, que se produce el 18 de diciembre de 2016, y el despido de la trabajadora efectuado con fecha de 12 de enero de 2017, lo cual, a criterio del tribunal, se ve reforzado, además, con la posterior ampliación de la baja hasta 200 días, diagnosticada el 22 de enero de 2017. Además, el despido efectuado por la empresa no se ajusta a ninguna causa acreditada y carece de consistencia alguna, en cuanto que, a pesar de invocarse «continuos errores en su trabajo habitual», los mismos no se han delimitado de ningún modo.

La confluencia de los dos elementos expuestos, a saber, la falta de justificación de la decisión extintiva adoptada por la empresa y la existencia de una situación de IT que al ser definida de «larga» ha motivado el despido de la trabajadora, permite concluir al tribunal que la trabajadora ha sido discriminada por su situación de IT de larga duración y, en consecuencia, el despido efectuado debe ser declarado nulo.

4. TRANSCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO: LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LARGA DURACIÓN

A partir del momento en que diferentes resoluciones del TJUE parecen haber ampliado el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por la [Directiva 2000/78](#), integrando en el mismo las enfermedades de larga duración que generen limitación en el trabajo, los tribunales españoles han procedido a acoger, en mayor o menor medida, esta doctrina, incorporando el factor tiempo, es decir, la duración de la IT, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. Este proceso de recepción, sin embargo, no está resultando nada sencillo, no en vano, como ya se ha anticipado, la acreditación en cada supuesto del carácter incierto de la reversibilidad de la patología desencadenante de la IT o la determinación de cuándo la misma debe considerarse suficientemente prolongada está resultando de una gran complejidad, lo cual se está traduciendo en una cierta sensación de inseguridad jurídica.

En este contexto se incardina precisamente la [STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017](#). Atendiendo a lo preceptuado por la [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#), esta resolución judicial, en el momento de comprobar el carácter duradero o no de la IT de la trabajadora despedida, se apoya con buen criterio en los elementos objetivos de que dispone y, en concreto, en el parte de baja emitido con anterioridad a la fecha del despido, que fijaba una duración estimada de la IT de 100 días. Por el contrario, no parece acertado que también se haya tomado en consideración, como parece deducirse de la lectura de la sentencia, el parte de baja emitido con posterioridad al despido, que fijaba una duración estimada de la IT de 200 días, en tanto que, de la citada [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#) se desprende que a la hora de valorar el carácter duradero o no de la IT, únicamente puede tomarse en consideración la situación del trabajador en el momento del acto presuntamente discriminatorio, en este caso, el despido de la trabajadora, y no su estado en un momento posterior al mismo. En consecuencia, el tribunal no debería haber tomado en consideración el parte de baja emitido con posterioridad al despido que extendía la duración estimada de la incapacidad hasta 200 días. Ello plantea la duda de si la decisión adoptada por la sala hubiera sido la misma si únicamente se hubiera tenido en cuenta el parte que fijaba la duración estimada de la baja en 100 días. En cualquier caso, parece que la duración estimada de la IT de 100 días ya podría constituir por sí misma un argumento razonable para considerar que la empresa era conocedora del carácter duradero de la IT en el momento del despido y que, por tanto, su decisión extintiva fue discriminatoria.

No es esta la única resolución del TSJ del País Vasco que en los últimos meses ha declarado la nulidad del despido de un trabajador que se encontraba en situación de IT –desde el 19 de febrero hasta el 19 de mayo de 2016–, si bien, en este caso, la misma derivaba de una enfermedad profesional consistente en alergias y asma ocupacional. En este supuesto, la [STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017 \(rec. 1734/2017\)](#) declara que:

La correcta calificación del despido (...) es la de la nulidad, toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del demandante (...) Ello permite considerar, en el concreto caso que nos ocupa, una

situación de «discapacidad» (...) que ha dado lugar a una consideración de discriminación, al no haber la empresa siquiera intentado acreditar la realidad de las causas económicas invocadas para el despido.

En definitiva, el tribunal considera que la empresa en el momento del despido era conocedora de que mientras el trabajador estuviera expuesto a los factores laborales que le provocan el asma, su enfermedad se prolongaría en el tiempo, confirmándose de este modo el carácter duradero de la IT.

Otras resoluciones judiciales, sin embargo, se han mostrado menos proclives a considerar como duraderas las incapacidades laborales sufridas por los trabajadores y, en consecuencia, a equipararlas a la situación de discapacidad. Es paradigmática, a este respecto, la [STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 \(rec. 2310/2017\) –comentada](#) en el núm. 415 de esta revista–, dictada precisamente, en el [asunto Daoudi](#), que tras considerar que el trabajador se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se podía calificar de duradera, «pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, el trabajador había sido dado de alta médica sin secuelas», concluye que la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone la doctrina del TJUE ni tiene cabida a efectos de tutela en la [Directiva 2000/78](#).

En la misma dirección, numerosas resoluciones judiciales tampoco están reconociendo el carácter duradero de la IT del trabajador despedido, con base en que:

«la identificación pretendida entre discapacidad y enfermedad se produce cuando esta pueda considerarse como una situación "duradera" y en el caso, se desconoce si lo es, porque ignoramos si (...) el CSIC conocía algún dato médico a través del que pudiera vaticinar el pronóstico, más o menos largo de la enfermedad» ([STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2017 –rec. 143/2017–](#)); «ningún dato consta acerca del carácter "duradero" de la limitación de la capacidad del demandante, ni siquiera de manera meramente previsible» ([STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 2017 –rec. 906/2017–](#)); «no existe el más mínimo elemento objetivo (documentos médicos), a la fecha en la que se adopta el acto presuntamente discriminatorio, que permita sustentar que el empresario despidió al trabajador por la previsión de que la situación de IT pudiera prolongarse significativamente en el tiempo» ([STSJ de Extremadura de 19 de septiembre de 2017 –rec. 483/2017–](#)); «ningún dato consta acerca del carácter "duradero" de la limitación de la capacidad del demandante, ni siquiera de manera meramente previsible» ([STSJ del País Vasco de 13 de junio de 2017 –rec. 1183/2017–](#)); el despido injustificado de una trabajadora que ha causado baja por IT por extirpación de masa mamaria desde el 5 de julio de 2016 al 22 de agosto de 2016, no puede ser calificado como nulo porque la incapacidad no es duradera porque cuando se extingue el contrato ya estaba dada de alta ([STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2017 –rec. 2933/2017–](#)); «el despido injustificado de un trabajador que ha sufrido diversos procesos de baja (de corta duración)

causados por esguinces de tobillo (incluyendo una intervención quirúrgica) no revisen el carácter duradero a efectos de declarar la nulidad» ([STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2017 –rec. 2272/2017–](#)), etcétera.

Las dificultades que se plantean en la práctica a la hora de determinar cuándo una IT es duradera y cuándo no, a efectos de poder asimilarla a la situación de discapacidad, y por tanto, poder acreditar el carácter discriminatorio del despido sin causa legal del trabajador, ponen claramente de manifiesto la insuficiencia de los criterios fijados para ello en la [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#). Esta circunstancia hace del todo necesario que se fijen, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, criterios objetivos mucho más concretos que faciliten en la medida de lo posible esta compleja labor. Hasta que no se fijen estos criterios, nos seguiremos encontrando ante una materia extremadamente casuística y generadora de una gran inseguridad jurídica.

En la línea de reforzar la consideración del despido sin causa legal del trabajador en situación de IT de larga duración como un supuesto de discriminación, se encuentra la reciente [STJUE de 18 de febrero de 2018 \(asunto Ruiz Conejero\)](#) que, aunque referida específicamente a las extinciones del contrato por ausencias del trabajador previstas en el [artículo 52 d\) del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), hace un esfuerzo destacado por delimitar en qué supuestos pueden oponerse a la [Directiva 2000/78/CE](#) las extinciones contractuales motivadas por las ausencias derivadas de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador, incluidas también las derivadas de incapacidades temporales de larga duración.

A tal efecto, en la [STJUE de 18 de febrero de 2018](#) se constata que un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad y, en consecuencia, las reglas del [artículo 52 d\) del ET](#) pueden desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por esta causa. Una vez se constata esta circunstancia, el TJUE considera necesario evaluar si esta diferencia de trato puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de la misma son adecuados y no van más allá de lo necesario. Por lo que respecta a la finalidad legítima de la norma, se concluye que la lucha contra el absentismo laboral puede serlo, dado que se trata de una medida de política de empleo; mientras que, en relación con la adecuación de los medios adoptados para la consecución de esta finalidad, el TJUE se limita a fijar una amalgama de criterios que deberán ser analizados por el juez nacional –en concreto, si los porcentajes fijados en el [art. 52 d\) ET](#) responden a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas; los costes directos o indirectos que soportan las empresas como consecuencia del absentismo laboral; si el despido por ausencias del trabajador incentiva al empresario para la contratación y el mantenimiento del puesto de trabajo; el perjuicio que se puede ocasionar a los trabajadores despedidos por esta causa; si se han tenido en cuenta datos relevantes relativos a los trabajadores con discapacidad, y si se ha tenido en cuenta el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que tienen más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y mayores necesidades específicas de protección–.

En cualquier caso, pese al avance que supone esta sentencia, el TJUE adolece una vez más de una calculada ambigüedad al fijar los criterios que deben permitir discernir si los medios adoptados para la consecución del objetivo de luchar contra el absentismo laboral son adecuados, lo cual, con toda seguridad, dará lugar a nuevos litigios y controversias que tendrán que ser resueltos por los tribunales nacionales.