

LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: UN NUEVO EPISODIO EN EL «ESTIRA Y AFLOJA»

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de junio de 2017, rec. núm. 2310/2017**

Josep Moreno Gené

Profesor titular. Universitat de Lleida

1. LOS DEBATES EN TORNO A LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Aunque nunca ha dejado de mantenerse una cierta controversia sobre la calificación jurídica que debe merecer el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, ha sido en los últimos años, fundamentalmente a raíz de diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuando la misma está alcanzando su punto álgido.

Este debate encuentra su origen en la reforma laboral del año 1994, que vino a suprimir como causa de nulidad del despido el efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo cuando el mismo no resultaba procedente. Pese a ello, numerosas resoluciones judiciales de instancia y de suplicación siguieron calificando como nulos los despidos de los trabajadores en situación de incapacidad temporal que no estuvieran amparados en una causa legal, por considerarlos discriminatorios. A tal efecto, entre otros argumentos, se mantenía que la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral deberían ser considerados con carácter general un factor de discriminación incardinable en el artículo 14 de la Constitución española (CE).

Este planteamiento, sin embargo, no fue secundado por el Tribunal Supremo, que vino a considerar 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 para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo

14 de la CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación» (SSTS de [29 de enero de 2001](#) –rec. núm. 1566/2000–, [23 de septiembre de 2002](#) –rec. núm. 449/2002–, [12 de julio de 2004](#) –rec. núm. 4646/2002–, [23 de mayo de 2005](#) –rec. núm. 2639/2004–, [22 de noviembre de 2007](#) –rec. núm. 3907/2006–, [18 de diciembre de 2007](#) –rec. núm. 4194/2006–, [22 de septiembre de 2008](#) –rec. núm. 3591/2006–, [27 de enero de 2009](#) –rec. núm. 602/2008– y [12 de julio de 2012](#) –rec. núm. 2789/2011–). En consecuencia, el Alto Tribunal ha sido muy reacio a calificar estos supuestos como nulos, calificándolos, por el contrario, como improcedentes cuando no quede acreditada la causa del despido, 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. Este posicionamiento, a su vez, ha quedado convalidado constitucionalmente, por no considerarse que se oponga al artículo 14 de la CE la opción legislativa de considerar improcedente y no nula la extinción del contrato de trabajo del trabajador enfermo si su dolencia no se encuentra entre las estigmatizadas socialmente, aunque pueda tratarse de una enfermedad crónica (STC 62/2008, de 26 de mayo).

Esta doctrina se ha mantenido prácticamente inalterada hasta que han irrumpido en este debate diferentes pronunciamientos del TJUE. A tal efecto, estas resoluciones judiciales 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 (en adelante, Directiva 2000/78/CE), 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 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 personas».

Efectivamente, la [STJUE de 11 de abril de 2013 \(asunto Ring\)](#) 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».

Como no podía ser de otro modo, desde diferentes foros doctrinales y judiciales enseguida se consideró que este pronunciamiento debía impactar en la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia. Precisamente, en este intenso debate se incardina el que se conoce como «caso Daouidi» que, hasta el momento, ha dado lugar a la [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#), la [Sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016](#) y la [STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017](#), objeto de este comentario.

2. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA SOLUCIÓN EN INSTANCIA

De la lectura de la [STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017](#), que viene a reproducir lo previsto en la [Sentencia de instancia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016](#), cabe destacar los siguientes hechos probados:

- a) El 17 de abril de 2014, el señor Daouidi es contratado, mediante un contrato eventual, como ayudante de cocina con una jornada a tiempo parcial de 20 horas semanales.
- b) El 1 de julio de 2014, superado el periodo de prueba de 30 días, se pactó la conversión del contrato a jornada completa de 40 horas semanales.
- c) La duración del contrato inicial se fijó en 3 meses, si bien, con fecha de 15 de julio de 2014, se prorrogó por 9 meses, fijándose como fecha de cese la de 16 de abril de 2015.
- d) El 3 de octubre de 2014, el señor Daouidi sufrió un accidente laboral al resbalar en la cocina y dislocarse el codo izquierdo, iniciando proceso de incapacidad temporal derivado de accidente laboral en la misma fecha.
- e) A las dos semanas de iniciarse el proceso de incapacidad temporal del trabajador, el jefe de cocina habló con el mismo interesándose por su estado médico y por la previsión de duración de dicha situación de incapacidad temporal, contestándole el trabajador que –según prescripción facultativa– su reincorporación no podía ser inmediata; y,
- f) En fecha de 26 de noviembre de 2014, aun permaneciendo en situación de incapacidad temporal derivada del mismo accidente de trabajo, el trabajador recibió comunicación escrita de despido disciplinario, por «no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo».

El señor Daouidi reacciona ante la decisión empresarial solicitando la nulidad del despido disciplinario efectuado por la empresa, por considerar entre otros motivos que su despido es discriminatorio de conformidad con lo dispuesto en la [Directiva 2000/78/CE](#) y en la [STJUE de 11 de abril de 2013](#). Dicha reclamación fue resuelta en instancia por la [Sentencia del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016](#).

Antes de entrar en el fondo del asunto, sin embargo, el juez de instancia decidió plantear al TJUE diferentes cuestiones prejudiciales que fueron finalmente resueltas por la [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#). Por lo que ahora interesa, dicha resolución recoge las siguientes conclusiones:

«1. El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de

"duradera". 2. 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 presenta 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. 3. Al comprobar ese carácter "duradero", el juzgado 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 acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales».

Tomando como punto de partida el pronunciamiento del TJUE, el magistrado de instancia considera que en el supuesto enjuiciado se cumplen los indicios indicados por la sentencia comunitaria para considerar que la situación de incapacidad temporal del trabajador «debe ser considerada indiscutiblemente una "limitación duradera" y, por consiguiente, una situación de "discapacidad" a efectos de la Directiva 2000/78», no en vano, en la fecha del despido la limitación del demandante no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y, en todo caso, la misma se prolongó significativamente hasta completar un periodo de casi 10 meses. A partir de estas premisas, se mantiene que la causa real del despido no fue el mero hecho del accidente laboral, ni la inicial situación de incapacidad temporal en sí misma (ya que ello hubiera determinado el despido inmediato), sino la percepción empresarial, 53 días después del accidente y después de la comunicación del demandante, que tal incapacidad temporal se tornaba en «duradera», sin «una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo».

De conformidad con los razonamientos expuestos, la sentencia de instancia concluye que el despido impugnado debe calificarse directamente de discriminatorio por causa de discapacidad y, por tanto, debe ser declarado nulo, dado que el mismo ha supuesto una barrera al impedir la recuperación del trabajador y, con ella, la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

3. LA DOCTRINA JUDICIAL CONTENIDA EN LA SENTENCIA DE SUPPLICACIÓN: LAS RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

Como era de esperar, la [Sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona en fecha de 23 de diciembre de 2016](#) fue impugnada en suplicación, siendo resuelto el recurso por la [STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017](#). La cuestión central que se plantea en la sentencia de suplicación consiste en determinar si un despido que tiene como causa real (la aparente es otra) una situación de enfermedad (incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo) puede calificarse a efectos del artículo 14 de la [CE](#) como discriminatorio por discapacidad y, por tanto, nulo.

Para dar respuesta a esta cuestión, la [STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017](#) procede a analizar la adecuación de la sentencia dictada en instancia a la doctrina judicial, jurisprudencial y constitucional y a la doctrina del TJUE. Para ello, reproduce literalmente la [STS de 3 de mayo de 2016 –rec. núm. 3348/2014–](#) por considerar que la misma recoge la doctrina vigente sobre esta materia. En este punto, cabe recordar que la [STS de 3 de mayo de 2016 –rec. núm. 3348/2014–](#) al conocer del despido de una trabajadora de baja por un accidente *in itinere*, confirma el criterio de suplicación contenido en la [STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 –rec. núm. 956/2014–](#), que mantiene que este despido debe ser declarado improcedente y no nulo.

La [STS de 3 de mayo de 2016 –rec. núm. 3348/2014–](#), a la que remite literalmente la [STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017](#), recoge profusamente la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la calificación jurídica que debe merecer el despido sin causa legal del trabajador enfermo, ya expuesta en apartados anteriores de este comentario y que, por tanto, nos excusamos de reproducir en este momento. En todo caso, sí interesa recordar en este momento que de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, ahora reproducida en la [STS de 3 de mayo de 2016 –rec. núm. 3348/2014–](#), no puede equipararse enfermedad a discapacidad, no en vano, aunque «esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2013, que ha dado nueva redacción al artículo 4.2 c), párrafo 2.º, del ET», ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables.

A pesar de que el Tribunal Supremo tradicionalmente ha considerado que esta diferenciación entre enfermedad y discapacidad se ajusta a la doctrina del TJUE, inicialmente recogida en la [Sentencia de 11 de julio de 2006 \(asunto Chacón Navas\)](#), es consciente del impacto que la [STJUE de 11 de abril de 2013](#) puede haber tenido en esta materia. En este punto, la [STS de 3 de mayo de 2016 –rec. núm. 3348/2014–](#) recuerda que la referida sentencia del TJUE dictada en el asunto Ring lleva a cabo una interpretación de lo que deba entenderse por «discapacidad» a los efectos de la [Directiva 2000/78/CE](#), que comprende también la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional.

A partir de toda esta fundamentación jurídica que se contiene en la [STS de 3 de mayo de 2016 –rec. núm. 3348/2014–](#), la [STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017](#) procede a dar una primera respuesta a la cuestión litigiosa, concluyendo al respecto que «la aplicación de dicha doctrina al supuesto enjuiciado, dado que en el momento en que fue despedido, e incluso teniendo en cuenta lo sucedido con posterioridad al mismo, tal y como reflejan los hechos probados, no nos permite albergar ninguna duda, que el despido no fue discriminatorio, ni vulnerador de ninguno de los derechos fundamentales, ni tampoco los no fundamentales que se citan, ni por tanto está viciado de nulidad. La situación de incapacidad temporal en la que se encontraba el actor cuando fue despedido, al margen de cuál fuera la intencionalidad de la empresa, solo permite calificarla de despido improcedente, pues no nos encontramos ante un supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación (...). Parece entonces evidente, que habiendo transcurrido apenas un mes y medio desde que sufrió el accidente de trabajo, con una lesión de codo, que presumiblemente era leve, y que curó, en un plazo más que

razonable, en atención al momento en que fue dado de alta por curación sin secuelas, a la única conclusión que podemos alcanzar, en tanto que la sentencia ahora recurrida, no ha introducido ningún elemento diferenciador relevante, es la que recogía nuestra anterior sentencia, y la que describe la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo que la confirma, y en definitiva, en el presente caso, debemos señalar que a juicio de esa Sala, la empresa no sustentó su decisión de despedir por razón de la dolencia que sufría el trabajador, ni tuvo causa en un motivo o factor de discriminación sino en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral».

La STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017, sin embargo, es consciente de que, con posterioridad a la STS de 3 de mayo de 2016 –rec. núm. 3348/2014–, se ha dictado la STJUE de 1 de diciembre de 2016, que podría tener incidencia en la cuestión planteada. A tal efecto, procede a sintetizar los argumentos contenidos en esta resolución concluyendo que los mismos «si alguna cosa ponen en evidencia, por la importancia que tienen en la resolución de este recurso, es que en principio el estado físico del trabajador accidentado es reversible (considerando 46); que el concepto de limitación «duradera» de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de "discapacidad" al que se refiere la Directiva 2000/78/CE, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme (considerando 51); el régimen jurídico de la incapacidad "temporal", con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como "duradera", en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, interpretada a la luz de la Convención de la ONU (considerando 52); que el carácter "duradero" de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado a la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (considerando 53); y por último, corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter "duradero", ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico (considerando 55)».

La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado lleva a la Sala de lo Social del TSSJ de Cataluña a afirmar que «si comparamos los asuntos Navas y Ring, con el actual, y los ponemos en relación con el supuesto enjuiciado, en aplicación de los términos estrictos a los que este se contrae, la situación del actor en el momento en que fue despedido, único momento que se puede tener en cuenta, y no el estado que presentaba en el momento en que se celebró el juicio, ni, en el momento anterior a dictarse la sentencia, a la única conclusión que podemos llegar es que, al margen de la valoración que hace el juzgado, y de la parte actora a través de su escrito de impugnación, es que se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20 de julio de 2015 (...) lo que significa, que en el supuesto enjuiciado, la situación del actor no puede calificarse de incapacidad en los términos que dispone dicha resolución ni tiene cabida a efectos de tutela, en la Directiva 2000/78/CE, ni por consiguiente, la empresa pudo cometer con el despido por esta causa ningún tipo de discriminación». Todo lo cual conduce a la sala a concluir que al no haberse acreditado causa de discriminación, el despido solo pueda calificarse como improcedente y no como nulo.

4. TRANSCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO: EL EXAMEN PARTICULARIZADO DE CADA SUPUESTO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Tras la [STJUE de 11 de abril de 2013](#), desde diferentes foros doctrinales y judiciales enseguida se consideró que este pronunciamiento necesariamente debía impactar en la consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre la calificación jurídica que debe merecer el despido sin causa legal del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal. En esta línea parecía encontrarse la [STS de 25 de noviembre de 2014 –rec. núm. 2344/2013–](#) que, aunque no entraba en el fondo del asunto, mantenía que a la vista de la [STJUE de 11 de abril de 2013](#) había que matizar o precisar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación.

Pese a ello, en la primera ocasión que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de enfrentarse a esta materia tras la referida sentencia del TJUE no ha satisfecho las expectativas creadas al respecto. A tal efecto, la [STS de 3 de mayo de 2016 –rec. núm. 3348/2014–](#), al conocer del despido de una trabajadora de baja por un accidente *in itinere*, confirma el criterio de duplicación y mantiene que se trata de un despido improcedente y no nulo.

En concreto, tras exponer la doctrina que emana de la [STJUE de 11 de abril de 2013](#), el Tribunal Supremo mantiene que «a la vista del concepto de discapacidad recogido en la directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció 10 días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la incapacidad temporal, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica del 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores». En consecuencia, para el Alto Tribunal, el despido enjuiciado «no es el de una trabajadora discapacitada, ni su incapacidad temporal deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo» de la [STJUE de 11 de abril de 2013](#).

Pese al inicial desencanto que pudo provocar este pronunciamiento del Tribunal Supremo a aquellos que defienden un tratamiento distinto del despido sin causa legal del trabajador en situación de incapacidad temporal, el Alto Tribunal sí parece haber recepcionado de algún modo la doctrina del TJUE al haber incorporado el factor tiempo, es decir, la duración de la incapacidad temporal, a la hora de equiparar esta situación a la de discapacidad. Ello se deduce del hecho de que el Tribunal Supremo al resolver el supuesto enjuiciado se refiera de un modo expreso a la corta duración de la incapacidad, de únicamente 10 días, de lo que parece desprenderse que, si la duración de la incapacidad hubiera sido más larga, hubiera podido equipararse a la discapacidad y, en consecuencia, hubiera recibido un tratamiento distinto.

Pues bien, la [STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017](#), objeto de este comentario, parece seguir estos mismos pasos, no en vano, como consecuencia de la recepción de la doctrina del TJUE

y, en especial, de la [Sentencia de 1 de diciembre de 2016 \(asunto Daouidi\)](#), y a pesar de que no lo aprecie en el supuesto enjuiciado, parece admitir que el despido de un trabajador que padece una incapacidad temporal «duradera» puede desencadenar la nulidad del despido. Ello se deduce de una lectura a *sensu contrario* de la referida sentencia en la que se afirma que en el supuesto enjuiciado el trabajador despedido «se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se puede calificar de duradera, pues, entre el accidente de trabajo y el despido, apenas había pasado 1 mes y 23 días, y además, fue dado de alta médica sin secuelas el 20 de julio de 2015».

Por tanto, puede pensarse que el pronunciamiento del TSJ de Cataluña hubiera podido ser distinto si hubiera constatado que la reversibilidad de la patología desencadenante de la incapacidad temporal del trabajador despedido hubiera sido más incierta o, en todo caso, suficientemente prolongada en el tiempo, circunstancias que, a su vez, hubieran tenido que ser apreciadas en el momento en que el trabajador fue despedido y no en un momento posterior. En este supuesto, tal vez la incapacidad temporal del trabajador hubiera podido equipararse a la discapacidad y, por consiguiente, ser declarado nulo el despido.

La aparente confirmación de este criterio interpretativo, sin embargo, lejos de poner fin a la conflictividad existente en esta materia, puede dar origen a una mayor litigiosidad, no en vano, la acreditación en cada supuesto del carácter incierto de la reversibilidad de la patología desencadenante de la incapacidad temporal o la determinación de cuándo la misma debe considerarse suficientemente prolongada se antojan ciertamente complejas. Prueba de ello es el resultado contradictorio al que, en el supuesto enjuiciado, llegan la sentencia de instancia y la de suplicación. A tal efecto, más allá de los difusos criterios que ya contiene la [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#), a saber, que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento del trabajador, resulta del todo necesario el establecimiento de criterios objetivos más concretos que faciliten en la medida de lo posible esta ingente labor.