

# El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022

**Raquel Aguilera Izquierdo**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

## The dismissal of the worker in a situation of temporary disability after the entry into force of Law 15/2022

### **SUMARIO:**

I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD. III. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL. A) Las dos posturas tradicionalmente existentes acerca de si el despido en situación de incapacidad temporal constituye indicio suficiente de discriminación. B) La postura mantenida por las sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022. C) El alto coste económico de la incapacidad temporal para los empresarios

**RESUMEN:** La introducción de la enfermedad como causa de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, está planteando numerosas dudas interpretativas en relación con la calificación jurídica del despido que tiene lugar en situación de incapacidad temporal. En este estudio se analiza, en primer lugar, el concepto de discriminación por enfermedad y su diferencia con el principio de igualdad de trato, así como las dos posturas tradicionalmente existentes acerca de si el despido en situación de incapacidad temporal constituye indicio suficiente de discriminación. Tras este análisis, se recogen algunas de las sentencias dictadas sobre la materia tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 y se llega a la conclusión de que la introducción de la enfermedad como causa de discriminación no ha eliminado las dudas interpretativas que existían y que los costes económicos que para el empresario implica la incapacidad temporal de un trabajador constituye el verdadero problema de los despidos vinculados a la enfermedad del trabajador.

**Palabras clave:** Despido, incapacidad temporal, enfermedad, discriminación, nulidad

**ABSTRACT:** The introduction of the disease as a cause of discrimination in art. 2 of Law 15/2022, of July 12, comprehensive for equal treatment and non-discrimination, is raising numerous interpretative doubts in relation to the legal classification of dismissal that takes place in a situation of temporary disability. This study analyzes, firstly, the concept of discrimination due to illness and its difference with the principle of equal treatment, as well as the two traditionally existing positions regarding whether dismissal in a situation of temporary disability constitutes a sufficient indication of discrimination. After this analysis, some of the sentences handed down on the matter after the entry into force of Law 15/2022 are collected and the conclusion is reached that the introduction of the disease as a cause of discrimination has not eliminated the interpretative doubts that existed and that the economic costs that the temporary disability of a worker implies for the employer constitutes the real problem of dismissals linked to the worker's illness.

**Keywords:** Dismissal, temporary disability, illness, discrimination, nullity

## I. INTRODUCCIÓN

La introducción de la enfermedad o condición de salud como causas de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, está planteando numerosas dudas interpretativas en relación con la calificación jurídica que debe recibir el despido que tiene lugar en situación de incapacidad temporal.

En efecto, desde que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, eliminó del art. 55.6 ET la previsión relativa a la calificación como nulo del despido de un trabajador que tuviera suspendido su contrato de trabajo, gran parte de la doctrina judicial y de la doctrina académica han tratado de seguir buscando argumentos para calificar como nulo el despido de un trabajador enfermo que no estuviera amparado en causa legal. El Tribunal Supremo, en postura posteriormente corroborada por el Tribunal Constitucional, insistió desde un principio en recordar que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, por ello entendió 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 art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación"<sup>1</sup>.

1 SSTS 23-9-2002, rec. núm. 449/2002; 12-7-2004, rec. núm. 4646-2002; 22-11-2007, rec. núm. 3907-2006; 23-5-2005, rec. núm. 2639-2004; 11-12-2007, rec. núm. 4355-2006.

En este mismo sentido, la STC 62/2008, de 26 de mayo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, afirmó que “una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos 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”. No cabe duda, señala el Tribunal Constitucional, 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. Ciéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.

De este modo, tanto para el Tribunal Supremo como para el Tribunal Constitucional, en pronunciamientos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2022, la enfermedad podrá ser causa de discriminación cuando sea tomada en consideración como un elemento de segregación basado en su mera existencia. En este sentido, por ejemplo, se ha considerado discriminatorio por razón de enfermedad y, en consecuencia, nulo el despido de un trabajador afectado por SIDA<sup>2</sup> o el despido de un trabajador afectado por COVID<sup>3</sup>, al entender que el verdadero motivo del despido es padecer una enfermedad infecciosa que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. De esta manera, desde el punto de vista de la extinción del contrato de trabajo, no hay duda de que la enfermedad puede dar lugar a la calificación como nulo del despido cuando quede acreditado que el verdadero motivo del despido es la enfermedad padecida por el trabajador y no la falta de aptitud que la misma provoca o los costes que para el empresario acarrea esa situación.

Por lo tanto, la enfermedad no era una causa de discriminación expresamente contemplada en el art. 14 CE ni en el art. 17 ET ni en el art. 2.2 de la Directiva 2000/78 pero sí era reconocida como causa de discriminación por la jurisprudencia en el sentido señalado. Además, la enfermedad también era reconocida como causa de discrimi-

- 2 STSJ Madrid de 5 de noviembre de 2007 (AS 2008, 490); Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de la Plana de 7 de junio de 2005 (AS 2005 2559).
- 3 Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Murcia de 10 de diciembre de 2020, procedim. núm. 275-2020 (confirmada por STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2021, rec. núm. 339-2021); STSJ Islas Canarias de 23 de diciembre de 2021, rec. núm. 1315-2021; STSJ Cataluña 27 de julio de 2022, rec. núm. 2726-2022.

minación en algunas normas no específicamente laborales como, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (art. 1 a) bis y art. 2 b)], la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado (art. 5.2 i)], o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (art. 6). E incluso, el art. 314 del Código Penal, LO 10/1995, de 23 de noviembre, relativo a los delitos de discriminación laboral, enumera, entre las causas de discriminación que pueden dar lugar a este delito, la enfermedad.

Pues bien, ante la situación descrita la duda que se nos plantea es determinar si la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022 supone o no algún tipo de modificación en la calificación jurídica que hasta ahora venía recibiendo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal. Es decir, se plantean las siguientes cuestiones: ¿el despedir a un trabajador en situación de incapacidad temporal constituye un indicio suficiente de discriminación por enfermedad? ¿el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal se ha convertido en un supuesto de nulidad objetiva? O lo que es lo mismo, ¿el despido sin causa, o con causa insuficiente, que afecta a un trabajador en situación de incapacidad temporal no puede ser declarado improcedente porque la única opción legal en ausencia de causa es la nulidad?

A mi juicio, la respuesta a estas cuestiones exige reflexionar, en primer lugar, acerca de lo qué se entiende por discriminación y las diferencias con el principio de igualdad de trato.

## II. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, tiene como objetivo, según se deduce del art. 1 de la Ley y de su exposición de motivos, garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato, así como prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas de tales discriminaciones que se produzcan en cualquier ámbito público y privado. Se trata de una ley transversal que pretende establecer un marco general de tutela frente a toda clase de discriminaciones, ya sea en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, ya sea en las relaciones entre particulares.

El art. 2.1 de la Ley 15/2022, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, recoge como factor de discriminación la enfermedad y el art. 2.3, por su parte, señala que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”. El art. 2.3 de la Ley 15/2022, reproduce el contenido del art. 6.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que regula el derecho de todas las personas a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad y no discriminación.

No contiene, por tanto, la norma ninguna definición de lo que se entiende por discriminación por razón de enfermedad. En este sentido, debemos tener en cuenta que la Ley 15/2022 se caracteriza por establecer una regulación integral en materia de igualdad de trato que resulta aplicable a cualquier situación de desigualdad, con independencia del motivo de discriminación que la ocasione y del ámbito del sector público o privado en que se produzca. Como señaló el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, de 26 de mayo de 2011<sup>4</sup>, que finalmente no llegó a convertirse en Ley pero que constituye el antecedente de la actual Ley 15/2022, “la elaboración de una Ley general e integral en materia de igualdad de trato reúne dificultades evidentes, derivadas de la propia naturaleza de la materia regulada”.

A este respecto, procede recordar que el art. 81 de la CE excluye expresamente de la reserva de ley orgánica al art. 14 CE y que tal y como ha señalado la STC 76/1983, de 5 de agosto, tal exclusión “está justificada porque la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general” (FJ 2). Esta afirmación, sin embargo, no puede ser entendida, como señala el Consejo de Estado, “en el sentido de que el ordenamiento constitucional excluya la posibilidad de una Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, pero es reveladora de las complicaciones con que se encuentra una norma de este alcance, habida cuenta de que el contenido del derecho de igualdad —al igual que sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva, como el propio Tribunal Constitucional ha sugerido (Sentencia núm. 22/1986, de 14 de febrero, FJ. 3)— se modula en atención a las particulares circunstancias de las relaciones jurídicas en que actúa: constituye, pues, un derecho de contenido dinámico y no meramente estático”. Por esta razón, que es de orden dogmático, las normas comunitarias y nacionales aprobadas hasta el momento en materia de igualdad de trato han adoptado siempre un enfoque particularista, persiguiendo la discriminación ocasionada por determinados motivos y en unos concretos ámbitos.

La Ley 15/2022, como venimos señalando, tiene una vocación integral y pretende “crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que ésta se pueda producir” (Exposición de Motivos). De ahí que no se defina lo que se entiende por discriminación por enfermedad ni por ninguna de las otras causas de discriminación introducidas por la norma.

4 Referencia 625-2011.

De este modo, el factor de discriminación alegado puede tener matices diferentes según la singular relación jurídica en que se produce. Debemos, por tanto, determinar cuál es la interpretación del concepto de discriminación por enfermedad desde el punto de vista laboral.

Esta falta de definición de lo que se entiende por discriminación por enfermedad nos lleva a tomar como referente la doctrina del Tribunal Constitucional que en su STC 62/2008, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión. El Tribunal Constitucional ha descartado que la enfermedad pueda ser considerada como una causa autónoma de discriminación, pero no que la enfermedad pueda ser una causa de discriminación “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”. Para que la discriminación opere en este caso debe actuar como instrumento de segregación social, como un elemento de estigmatización y marginación de un colectivo.

Al incluirse la enfermedad entre las causas de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022 y no ofrecer la ley ninguna definición de lo que se entiende por discriminación por enfermedad, habrá que acudir a la doctrina constitucional señalada, sin olvidar que toda discriminación produce estigmatización y marginación de un colectivo. En efecto, la CE no impide reconocer nuevas causas de discriminación, pero lo que exige la jurisprudencia constitucional es que esas nuevas causas sean “análogas” a las previstas en el art. 14 CE, en el sentido de que las mismas se refieren a “determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han situado a grupos de la población en posiciones contrarias a la dignidad humana” (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). Por ello, se hace referencia a que el criterio de diferenciación utilizado tenga un carácter estigmatizante o una “naturaleza particularmente odiosa, que lo convierte “en elemento de segregación, cuando no de persecución” (STC 36/2011, de 28 marzo, FJ 5; 62/2008, de 28 de mayo, FJ 5). Como reitera el Tribunal Constitucional, no todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación, pues en tal caso esta prohibición se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es “la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento

radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes” (STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 5)<sup>5</sup>.

La propia exposición de motivos de la Ley 15/2022 alude a este carácter estigmatizador o excluyente de las causas de discriminación, al señalar que la Ley “parte del supuesto de que no cualquier trato diferenciado constituye un acto de discriminación, y es de destacar que aborda expresamente la cuestión de los límites del trato igual, de manera que en este no se puedan amparar conductas que en realidad atenten contra la igualdad de trato sea directa o indirectamente. Resulta relevante tener en cuenta que los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos”.

En este sentido, e insistiendo en la necesidad de diferenciar el concepto de discriminación del principio de igualdad de trato, hay que tener en cuenta que la prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado. Utilizando palabras literales de la doctrina constitucional: la prohibición de discriminación “no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5)” (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 6). Cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore, a un juicio de discriminación, no puede emplearse como sustento de la negación de su concurrencia, sino, a lo más, como apoyo en la acreditación de su existencia. Y ello porque el juicio sobre la discriminación del segundo inciso del art. 14 CE no requiere un término de comparación que lo desvele. Basta constatar que el factor protegido ha sido intencionalmente dañado, provocando un perjuicio o minusvaloración al trabajador enfermo.

De este modo, en la Ley 15/2022 debemos diferenciar la referencia que a la enfermedad se hace en el apartado 1 del art. 2 de la Ley 15/2022 de la que se hace en el apartado 3 del mismo precepto. Así, el art. 2.1 está haciendo referencia a la enfermedad como causa de discriminación y el art. 2.3 está haciendo referencia a la enfermedad desde el punto de vista del principio de igualdad de trato.

5 Como señala, MONTROYA MEDINA, D.: “Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (comentario a las SSTC 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2011, “todo rasgo o característica de un individuo o un colectivo social que, pese a no encontrarse expresamente mencionada por el art. 14 CE, reúna dichos elementos (constituya una diferencia históricamente arraigada y sitúe al individuo en una posición desventajosa y contraria a la dignidad por encontrarse ligada a formas de opresión o segregación), quede incluida en la cláusula «cualquier otra opinión o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la prohibición de discriminación. Expresado en términos negativos, no puede entenderse que exista un factor de discriminación que encaje en la dicción final del art. 14 CE cuando el mismo no tenga una caracterización social análoga a la del resto de factores citados por el precepto”.

El que se incluya la enfermedad expresamente como causa de discriminación en el art. 2.1 implica, evidentemente, que la enfermedad, al igual que la discapacidad, puede ser causa de nulidad del contrato de trabajo. La enfermedad queda comprendida en la protección antidiscriminatoria. Ahora bien, la duda está en determinar qué se entiende por discriminación por enfermedad y es ahí donde tenemos que acudir a la doctrina constitucional hasta hora existente sobre el concepto de discriminación. Si se incluye expresamente la enfermedad como causa de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022, “debe entenderse que se hace en el marco de la doctrina del TC sobre el art. 14 CE”<sup>6</sup>.

Por su parte, el art. 2.3 de la Ley 15/2022, reproduciendo el art. 6.3 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, afirma que, “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”. En este precepto se está, por tanto, haciendo referencia a la enfermedad desde el punto de vista de la igualdad de trato y no como causa de discriminación. En efecto, el apartado 3 señala las diferencias de trato por razón de enfermedad que no están justificadas y, por tanto, en sentido contrario, las que sí lo están. La enfermedad a la que se refiere este precepto podrá ser discriminatoria o no. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el art. 2.3 utiliza el término enfermedad y no enfermedad como causa de discriminación y, en segundo lugar, que la discriminación se puede concretar o no en una desigualdad de trato. En este sentido, el Tribunal Constitucional, como ya hemos señalado, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando “la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados (o los perjuicios causados, al margen de cualquier contraste entre situaciones) respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe. Así, por tanto, la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación” (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 6).

Puede, de este modo, haber diferencias de trato relacionadas con la enfermedad que no son discriminatorias, porque no tienen un efecto estigmatizante o de marginación, pero que pueden ser contrarias al principio de igualdad. No son contrarias al principio de igualdad las diferencias de trato que derivan del propio proceso de tratamiento de la misma, las que derivan de limitaciones objetivas que la enfermedad imponga para el ejercicio de determinadas actividades o las que derivan de razones de salud pública. El resto de diferencias de trato basadas en la enfermedad podrán ser contrarias al principio de igualdad y serán o no discriminatorias dependiendo de si la enfermedad tiene un carácter estigmatizante.

6 ALVAREZ DEL CUVILLO, A.: “La Ley Integral para la Igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, pág. 108.

En suma, como afirma la STC 141/2011, de 26 de septiembre, FJ 3, y las en ella citadas, en su vertiente de igualdad ante la ley, el art. 14 CE prohíbe “las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados”. De este modo, lo que hace el art. 2.3 de la Ley 15/2022, como hacía ya la Ley General de Salud Pública, Ley 33/2011, es señalar expresamente, para que no haya lugar a dudas, las diferencias de trato motivadas por una enfermedad que no están justificadas porque se entiende que no vienen fundadas en criterios objetivos y razonables.

Pues bien, centrándonos en la enfermedad como causa de discriminación, el problema que esta causa plantea deriva, como ha señalado el Tribunal Supremo, del hecho de que la enfermedad es una “contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas”, faltando por tanto en ella los móviles específicos de la conducta discriminatoria. El derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, por lo 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 de 29 de enero de 2001)<sup>7</sup>. La enfermedad, para ser causa de discriminación, como cualquier otra causa discriminatoria, debe actuar como elemento de exclusión o segregación social. Por ello, a mi juicio, el hecho de que la enfermedad se haya incorporado como causa de discriminación en la Ley 15/2022 no resuelve los problemas y dudas interpretativas que esta causa plantea en los supuestos de extinción del contrato de trabajo en situación de incapacidad temporal.

### III. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

#### A) Las dos posturas tradicionalmente existentes acerca de si el despido en situación de incapacidad temporal constituye indicio suficiente de discriminación

La especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional ha llevado al Tribunal Constitucional a elaborar su doctrina sobre la prueba indiciaria. Como es sabido, la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del demandante de aportar un indicio razonable de que el acto cuestionado lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). No constituye un indicio, sin embargo, la mera alegación de la vulneración constitucional, ni una retórica invocación del factor pro-

7 RJ 2001/2069.

tegido, sino un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7). Tras la aportación del conjunto indiciario, “recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado”. En esta misma idea incide la STC 31/2014, de 24 de febrero, que exige para que se produzca el desplazamiento del onus probandi a la parte demandada, que se acredite, por parte de quien alega el trato discriminatorio, “la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato” (FJ 3).

Esta doctrina ha sido recogida en el art. 30.1 de la Ley 15/2022 según el cual: “De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

La aplicación de esta doctrina en los supuestos de despido en situación de incapacidad temporal plantea el problema de determinar, como ya hemos señalado, si el mero hecho de despedir a un trabajador que tiene su contrato suspendido por incapacidad temporal constituye indicio suficiente de una posible discriminación por enfermedad.

En la doctrina laboralista y, también en la doctrina judicial, existen desde hace muchos años dos posturas diferentes sobre esta cuestión.

La primera postura, que es la mantenida por el TC y por el Tribunal Supremo, entiende, como venimos señalando, que el despido por enfermedad es discriminatorio cuando la enfermedad es elemento de segregación y no cuando es mero factor que hace inconveniente la relación laboral para la empresa. En definitiva, cuando es el hecho de la enfermedad en sí y del estado de salud del trabajador el motivo central de la decisión extintiva, sin relación alguna con otras valoraciones relacionadas con la aptitud, la cualificación, la competencia y el trabajo del trabajador enfermo. Se despide al trabajador por estar enfermo y no por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar el trabajo. Por eso, el mero hecho de despedir a un trabajador estando en incapacidad temporal no constituye indicio suficiente de discriminación.

Los casos más típicos de despidos discriminatorios por enfermedad son los relacionados con enfermedades infecciosas, pues éstas suelen tener un efecto estigmatizante.

Por su parte, la segunda postura doctrinal existente considera que el despedir a un trabajador en situación de baja laboral, sin constar ningún otro motivo que dicha circunstancia, constituye una causa de discriminación, al entender que se estigmatiza al trabajador por estar enfermo. “Precisamente, este comportamiento discriminatorio

—despedir por enfermedad bajo una aparente falta de aptitud sin apoyo probatorio alguno— se convierte en el mejor indicio que el trabajador eventualmente discriminado puede presentar”<sup>8</sup>. Considera parte de la doctrina laboralista que cuando se eligen a determinados trabajadores, justamente por su enfermedad, “para aplicarles medidas perjudiciales en relación con otros trabajadores de la empresa, o se les valora negativamente como trabajadores prescindibles, poco útiles y escasamente productivos, de los que es necesario desprenderse por ser trabajadores enfermos”, el estado de salud está actuando como un factor discriminador prohibido<sup>9</sup>.

En este mismo sentido, algunos Tribunales Superiores de Justicia consideran que cuando se invoca por la empresa la enfermedad como causa del despido, es decir, se despide por estar enfermo, se incide en la discriminación proscrita por el artículo 14 de la Constitución, llegando a afirmarse<sup>10</sup>, que la enfermedad se identifica como un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad, clase a la que se reduce o niega importantes derechos incluido el de la ocupación, y a la que se da un trato de inferioridad que debe incluirse entre los vedados por la prohibición contenida en el art. 14 CE. Así, por ejemplo, se afirma que la empresa “se ha limitado a constatar que el trabajador se ha enfermado en varias ocasiones, con una duración cada vez mayor de las bajas, y por eso ha procedido a su despido, sin atender a si la enfermedad limitaba o no la capacidad del trabajador”. Se deja de lado, pues, su consideración “como persona, como ser humano, y se le da el tratamiento de una cosa, como si de una máquina se tratase que hay que sustituir porque no funciona con la regularidad que se debe observar”. Es obvio que “desde el punto de vista empresarial se estigmatiza la propia enfermedad de tal forma que el trabajador que enferma y coge bajas hay que rechazarlo”<sup>11</sup>. En esta misma línea la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 28 de marzo de 2019<sup>12</sup> llega a la conclusión de que “efectivamente existe un indicio de discriminación, concretamente que se está extinguiendo el contrato de trabajo de la actora por el único motivo de que su baja médica se prolonga en el tiempo y es costosa para la empresa, que no sólo tiene que hacer frente al pago de las cuotas de la seguridad social de la trabajadora, y que también debe complementar la prestación de Incapacidad Temporal hasta el 100% del salario, sin poder contar con sus servicios, como consecuencia precisamente de

8 FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B.: “La salud del trabajador como causa de discriminación”, REDT, núm. 162, 2014.

9 GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Extinción del contrato de trabajo y estado de salud del trabajador”, en *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, pág. 607.

10 STSJ Cataluña de 12 de julio de 2006 (AS 2007, 509), casada por la STS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 1621); SSTSJ Cataluña de 20 y 28 de julio de 2006 (JUR 2006, 252061), casadas por las SSTS de 13 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2900) y 11 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 2884); STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2007, casada por la STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048).

11 STSJ Canarias 22-12-2010; STSJ Canarias 25-1-2011.

12 Rec. núm. 2467-2018, AS 2019/1551.

la citada situación de baja médica. Así pues, acreditado el indicio de discriminación, por razón de enfermedad, corresponde a la empresa acreditar que la extinción del contrato de trabajo es razonable y está alejada de cualquier móvil discriminatorio”.

De este modo, el despido de una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal se considera indiciariamente discriminatorio<sup>13</sup>. El elemento de segregación parece sostenerse, para los partidarios de la interpretación señalada, en el hecho de encontrarse el trabajador de baja por enfermedad y ser despedido<sup>14</sup>. Bastará que el trabajador alegue que ha sido despedido en situación de incapacidad temporal para que recaiga sobre el empresario la carga de probar que su actuación tuvo una causa real absolutamente extraña a la pretendida vulneración del derecho a la no discriminación por enfermedad.

Pues bien, la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación en la Ley 15/2022 plantea la duda de si supone algún cambio con respecto a la situación descrita o si supone que el legislador se ha inclinado por una de estas dos posturas doctrinales.

## **B) La postura mantenida por las sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022**

Las primeras sentencias que se han ido dictado sobre esta cuestión parecen sostener, con carácter mayoritario, que el despido en situación de incapacidad temporal constituye un indicio suficiente de discriminación por enfermedad y sin considerar justificadas, en la mayoría de los casos, las razones alegadas por el empresario para proceder al despido, lo califican de nulo.

Entre estas sentencias podemos señalar las siguientes.

Una de las primeras sentencias que se han dictado en esta materia es la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Sentencia núm. 419/2022) que considera que en el asunto planteado no sólo concurren indicios de que el despido obedeció a la enfermedad, sino que se puede considerar que ese dato está probado. Los hechos probados de la sentencia son los siguientes. La

13 En este sentido, ver, LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Despido y discapacidad tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Revista de Derecho Laboral VLex*, diciembre 2022, pág. 51, según el cual “entendemos, (como ya hemos dicho que entendíamos antes de la Ley 15/2022 en virtud de la doctrina Daouidi) que el despido de la persona trabajadora durante una situación de incapacidad temporal sea indiciariamente discriminatorio, ahora ya por enfermedad (con independencia de la duración o de la previsión de duración, si bien si esta no es precisa ni aquella corta, seguimos entendiendo que también por discapacidad), correspondiendo a la empresa acreditar que el despido obedece a razones objetivas, suficientemente probadas y aplicadas proporcionalmente que excluyen todo propósito o efecto discriminatorio”.

14 Ver, AZAGRA SOLANO, M.: “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2011.

demandante, que llevaba prestando servicios en la empresa desde el 8 de marzo de 2022, informó a su superior correspondiente que tenía que ser intervenida quirúrgicamente, por lo que el día 29 de junio tendría que hacer el preoperatorio y el 30 tenía cita con el anestesista. El día 7 de julio fue informada, en conversación por whatsapp con el hijo de la titular del establecimiento, de que la intención de la empresa era la de extinguir el contrato y volverla a contratar cuando estuviera en condiciones para trabajar. El 8 de julio la trabajadora causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, con una duración estimada de 90 días. Ese mismo día recibió la carta de despido en la que se le comunicaba que se ha decidido “proceder a su despido disciplinario con efectos del día 8 del presente, al no cumplir las expectativas para las que fue contratada. No obstante, ante la dificultad de probar los hechos anteriores, esta empresa ha decidido ejercitar la facultad prevista en el art. 56.2 ET, reconociendo en este mismo momento la improcedencia de la decisión extintiva adoptada”.

Señala la Sentencia que “la conversación por whatsapp con el hijo de la titular del establecimiento es tan rotunda que poco se puede decir al respecto y a la misma nos remitimos. Expresa el mismo, haciendo suyas las palabras de sus padres, que no pueden soportar el coste de la baja pero que, cuando la trabajadora se restablezca, la volverán a contratar, por estar contentos con su rendimiento. A ello sigue un despido sin causa para el que no cabe otra consecuencia que la nulidad”.

De este modo, el Juzgado de lo Social considera que, acreditado que el despido tiene su única causa en el coste que la baja por enfermedad de la trabajadora tiene para la empresa, estamos ante un despido discriminatorio por enfermedad. En este caso la trabajadora no solo presenta como indicio la situación de incapacidad temporal sino la conversación por whatsapp en la que se informa claramente de los motivos de su despido.

Otra de las primeras sentencias que se ha pronunciado sobre esta cuestión es la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo de 13 de diciembre de 2022 (Sentencia núm. 473/2022). Según consta en los hechos probados de la Sentencia, el demandante permaneció en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común del 27 de junio al 1 de agosto de 2022. El día 19 de julio de 2022 la empresa le notificó la extinción de su contrato de trabajo con efectos desde el 31 de julio por finalización de contrato. Para la obra fueron contratados cuatro empleados temporales, siendo cesado solamente el demandante, único que estuvo en situación de incapacidad temporal, contratando al mismo tiempo a otros cuatro empleados más dos de una subcontrata por acumulación de tareas.

En base a los hechos descritos, afirma la Sentencia que el despido debe declararse nulo. “Como manifestó el segundo testigo del actor, que sigue trabajando en la empresa y fue contratado para la misma obra, fueron 4 los contratados y sólo se cesó al demandante, único que estuvo en situación de incapacidad temporal. Pero el primer testigo, responsable de la plante y delegado de personal, también reconoció en grabación aportada por el actor, que se dio de baja al trabajador por su situación

de incapacidad temporal. Estamos, por tanto, ante una discriminación prohibida expresamente por el art. 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, por razón de enfermedad”.

En la misma línea, aunque no declara la nulidad del despido porque los hechos tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, podemos citar también la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón de 27 de octubre de 2022 (Sentencia núm. 350/2022), que tras reproducir los distintos preceptos de la Ley relacionadas con la discriminación por enfermedad, señala que, “a la vista de tales disposiciones, cabe llegar a la conclusión de que el despido que tenga como causa la enfermedad del trabajador puede ser discriminatorio, esto es, la extinción del contrato durante la situación de IT del trabajador ofrece indicios suficientes de la existencia de discriminación por razón de enfermedad del trabajador, tal y como se indica en la citada ley que desarrolla el art. 14 CE. Se añade así un nuevo factor que puede ser determinante de la existencia de un trato discriminatorio. La actora ha estado de baja durante dos períodos de aproximadamente medio mes y, de nuevo, en el momento de ser despedida, se encontraba en situación de IT. Atendida la escasa duración de la relación laboral, de menos de un año, cabría considerar que existen indicios de discriminación”, pero como se presentó la demanda de despido anteriormente a la entrada en vigor de la referida Ley, no resulta de aplicación.

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada de 15 de febrero de 2023 (núm. Procedimiento 753/2022), tras reproducir el contenido de los arts. 2.1, 2.3 y 9 de la Ley 15/2022, afirma que “no puede sostenerse que la situación tras la entrada en vigor de la norma sea igual a la que existía hasta su aparición. El art. 55 ET prevé que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, y en este caso la discriminación por situación de enfermedad se encuentra recogida en una ley con rango orgánico. El despido por tener el trabajador una enfermedad es además un supuesto de discriminación directa, en los términos en los que esta es definida en el art. 6.1.a) de la ley (la discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2). Aún en el caso de que no se considerase directamente aplicable el art. 55 ET, la aplicación de la ley conduciría a las mismas consecuencias que dicho precepto impone, ya que constatada la existencia de discriminación por las causas que señala la ley, el art. 26 impone la declaración de nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de la ley, y para reparar el daño causado el art. 27 exige fijar una indemnización y restituir a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio cuando sea posible, lo cual en supuestos de despido implica necesariamente la readmisión del trabajador en el puesto de trabajo. Además, si existe discriminación se presume la existencia de daño moral”.

Continúa la Sentencia del Juzgado de lo Social de Granada, afirmando que, “es relevante por otro lado que la norma se refiere simplemente a enfermedad, sin exigir

propiamente la situación de incapacidad temporal, aunque esta es un dato para comprobar su existencia. Tampoco establece que la enfermedad tenga una determinada intensidad, gravedad, o permanencia en el tiempo, separándola así de la noción de discapacidad. No estamos sin embargo ante un supuesto de nulidad objetiva de las previstas también en el art. 55 ET como el supuesto de embarazo. La ley prevé en su artículo 30 en términos similares a lo establecido en el art. 96.1 LRJS que corresponde a quien alegue la discriminación aportar indicios fundados sobre su existencia, y en tal caso corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En definitiva, hasta ahora como consecuencia de la prohibición de discriminación contenida en la Directiva comunitaria 2000/78 para los casos de discapacidad, los Tribunales venían entendiendo que si se producía el trato discriminatorio por dicha discapacidad el despido debería ser calificado como nulo. Con la Ley 15 / 2022 este espacio se amplía, y la nulidad no requiere de una existente o previsible discapacidad, sino que también queda protegido el trabajador ante actuaciones discriminatorias motivadas por la simple enfermedad”.

La misma postura mantiene la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 24 de enero de 2023 (recurso de suplicación núm. 407/2022). En este caso el trabajador demandante, días después de que pasara a la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, recibió escrito de la empresa en el que se le comunicaba que su contrato finalizaba ese mismo día por no superar el período de prueba. La sentencia considera que el cese es discriminatorio por razón de enfermedad. Afirma que, “coadyuva a nuestra conclusión el hecho de que el legislador, sin duda para prevenir —entre otras— actuaciones como la que aquí analizamos, mediante la Ley 15 / 2022 para la igualdad de trato y la no discriminación, haya recogido, como una de las causas de discriminación prohibida, la enfermedad o condición de salud, sin más adjetivos, como causa de discriminación distinta a la de discapacidad, poniendo fin con tal inclusión al debate de si la apreciación de la enfermedad como causa de discriminación debiera requerir el carácter imprevisible de su curación o su larga duración (STJUE Daouidi) o la concurrencia de un elemento intrínsecamente segregacionista (STS 29-1-01 y STC 62/08), elemento segregacionista que —incuestionablemente y en todo caso— también concurre en el presente caso ya que el demandante se ha visto injustamente despedido —y, por consiguiente, ‘segregado’ en su empleo laboral— por el solo hecho de estar enfermo y ejercer derechos tal elementales como el de la protección a la salud y el acceso a la prestación sanitaria, recogidos ambos como fundamentales tanto en la CDFUE ( arts. 34 y 35) como en la Carta Social Europea revisada (arts. 11,12 y 13)”.

La Sentencia del Juzgado de lo Social número 14 de Málaga de 18 de abril de 2023 (Sentencia núm. 111/2023, procedimiento 787/2022) declara también nulo el despido de un trabajador que tiene lugar dos días después de iniciar un período estimado de larga duración por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. Considera la Sentencia que con la promulgación de la Ley 15/2022, “la tradicional equiparación a la discapacidad a tenor de la duración deja de tener sentido, pues en

sí, la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo (...). Se establece con la dicha Ley 15/2022 otra novedad en relación al tratamiento de la enfermedad, cual es que, conforme a su art. 30, si el trabajador aporta indicios de una discriminación, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Inversión de la carga probatoria que también se establece en la disposición final segunda.tres de la citada Ley 15/2022, que modifica el apartado 5 del art. 217 de la LEC". Expuesto lo anterior, concluye el Juzgado de lo Social de Málaga que en el caso de autos existen indicios sólidos de que el despido del actor "se produjo en relación directa a la baja laboral del trabajador como consecuencia del accidente laboral sufrido dos días antes de que la empresa adoptara tal decisión de cese", sin que la empresa haya conseguido justificar una causa distinta a dicha baja laboral. En definitiva, al no resultar acreditadas las causas consignadas en la carta de despido, el despido se declara nulo por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del trabajador.

Por último, en esta relación de sentencias que vienen declarando la nulidad del despido en situación de incapacidad temporal, podemos citar la Sentencia del Juzgado de lo Social de Cartagena de 18 de enero de 2023 (Sentencia núm. 8/2023, procedimiento 702/2022). Afirma la Sentencia que la Ley 15/2022 ha venido a alterar al panorama hasta ahora existente al incluir, dentro de los factores que pueden determinar una situación de discriminación, "la enfermedad o condición de salud" (artículo 2.1), y declarar expresamente la nulidad de pleno derecho de "*las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley*" (artículo 26). En consecuencia, a su entender, actualmente el despido discriminatorio por razón de enfermedad o condición de salud ha de ser calificado como nulo por aplicación del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, al tratarse de una «causa de discriminación prohibida en la ley».

Continuando con el razonamiento, considera que, "conforme a la nueva norma, la enfermedad o condición de salud puede ser valorada como un indicio de discriminación; indicio que, según se establece en el artículo 4.2 de la misma Ley (en términos similares al art. 181.2 LRJS), solo puede quedar desvirtuado mediante la aportación por la empresa de una justificación objetiva para su decisión, acreditando que responde a una finalidad legítima y constituye un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. Y en este caso, hay un dato que lleva a reconocer a la baja médica de la actora y a la enfermedad que la ha motivado el valor de indicio de discriminación, dato que viene siendo valorado como decisivo por el Tribunal Supremo a estos efectos, que es la inmediatez de la reacción empresarial, que se aprecia con toda claridad en este supuesto, ya que el despido se produce el mismo día de la baja de la trabajadora, y por medio de burofax remitido a las diez de la noche, una hora, cuando menos, poco habitual para la notificación de decisiones de esta índole". Una vez constatada la presencia de un indicio de discriminación, en virtud de la norma procesal antes citada, corresponde a la empresa aportar una justificación razonable

y suficiente para su decisión, lo que lleva a examinar los hechos imputados a la trabajadora en la carta de despido como justificativos de la decisión extintiva. Al no haber acreditado la empresa los hechos imputados, afirma la Sentencia que prevalecen los indicios de discriminación y el despido se declara nulo, de conformidad con el art. 55.5 ET.

Como puede apreciarse, en esta sentencia la mera situación de incapacidad temporal no se considera indicio suficiente, sino que se tiene en cuenta que el despido tiene lugar el mismo día en que se comunica la baja.

Pero junto con estas sentencias, también podemos encontrar alguna otra que mantiene una postura diferente al entender que no estamos ante un supuesto de nulidad objetiva.

En este sentido, podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de noviembre de 2022<sup>15</sup>, que aunque no aplica la Ley 15/2022 porque el despido del trabajador demandante en situación de incapacidad temporal tuvo lugar antes de la entrada en vigor de esta Ley, sí afirma que, “ni antes de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (que no es aplicable al presente procedimiento), ni tampoco siquiera después de ella, la situación de incapacidad temporal en el momento del despido conduce de forma automática a una declaración de nulidad. Son en ese sentido acertados los argumentos de la sentencia recurrida que incluyen la cita de las sentencias del Pleno de esta Sala de 1/07/2014 y la del Tribunal Supremo de 15/03/2018. A ellas puede añadirse la más reciente del Tribunal Supremo de 31/05/2022 en la que se recuerda que “ para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante”. Sin embargo, ni la demanda en su día, ni el recurso ahora, dedican ningún apartado a razonar por qué motivo las características de la enfermedad que dio lugar a la IT de la trabajadora debían llevar a la consideración de que sufría una discapacidad y, por el contrario, lo único que se registra en los hechos probados de la sentencia es que inició la baja con una duración estimada de 62 días. Ni tan siquiera se conoce diagnóstico ni duración real. Resulta por ello imposible apreciar en este caso la discriminación por razón de salud que viene a sostenerse en el recurso”.

Esta Sentencia parece mostrar más dudas acerca de la calificación del despido en situación de incapacidad temporal, lo que pone de manifiesto que nos encontramos ante un tema conflictivo en el que vamos a encontrar pronunciamientos en diferentes sentidos.

Las dudas mostradas en esta Sentencia han sido recogidas en sus mimos términos por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mieres de 14 de febrero de 2023 (Sentencia núm. 47/2023, procedimiento 64/2023) que rechaza la califica-

15 Sentencia núm. 9675-2022.

ción como nulo del despido de una trabajadora que se encontraba en situación de incapacidad temporal. En este caso se reclama la nulidad del despido por la única circunstancia de que la trabajadora cuando aquél tiene lugar se hallaba en situación de IT. Afirma el Juzgado de lo Social de Mieres que “no se comparte en absoluto la argumentación, por demás escueta, que sin más pretende subsumir esta situación bajo la vulneración del art. 14 CE con el recurso intermedio de la cita del art. 4 y concordantes de la Ley 15/2022 de 12 de julio . Debiendo presumirse que aunque el legislador es conocedor de los textos legales que reforma y de la jurisprudencia que los ha interpretado e iluminado, es evidente que si desde la perspectiva del titular del poder legislativo todo despido de trabajador en situación de IT entrañare por definición causa de discriminación por motivo de salud así lo hubiera prescrito directamente a través de una modificación del art. 55 del ET. Al no haberlo hecho así, teniendo presente la redacción de este último precepto estatutario y de la jurisprudencia europea y nacional elaborada entorno al concepto de discapacidad, se está diciendo que no es suficiente la mera situación de IT para dar paso a la nulidad de un despido, rechazando el automatismo que pretende vincular despido e IT del indicado modo simplista. El concepto de enfermedad de aquella Ley no ha de reconocerse indefectiblemente en toda situación de IT, y la expresión condición de salud, que no estado o situación, alude desde luego a una circunstancia dotada de cierta permanencia o estabilidad”. Y tras reproducir el contenido de la STSJ de Cataluña de 3 Nov. 2022, (Rec. 5141/2022) concluye que el mero hecho de que una persona se encuentre en situación de incapacidad temporal en el momento de su despido no necesariamente ha de constituir una vulneración de su derecho a la no discriminación del art. 14 CE.

En esta misma línea de considerar que no estamos sin más ante un despido nulo también se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela de 24 de marzo de 2023 (Sentencia núm. 44/023) en la que el único indicio de discriminación que se aporta es que pocos días antes de extinguirse la relación laboral la trabajadora había comenzado un proceso de incapacidad temporal. Considera la Sentencia que “no es suficiente la mera situación de IT para dar paso a la nulidad de un despido, rechazando el automatismo que pretende vincular despido e IT del indicado modo simplista. El concepto de enfermedad de aquella Ley no ha de reconocerse indefectiblemente en toda situación de IT, y la expresión condición de salud, que no estado o situación, alude desde luego a una circunstancia dotada de cierta permanencia o estabilidad. El mero y único hecho de una persona que se encuentre en situación de incapacidad temporal no necesariamente ha de constituir una vulneración de su derecho a la no discriminación del art. 14 CE. Maxime si como en el caso que nos ocupa la decisión de la empresa de extinguir el contrato del actor vino dada con anterioridad al inicio de la IT”.

### **C) El alto coste económico de la incapacidad temporal para los empresarios**

A mi juicio, el mero hecho de despedir a un trabajador estando en situación de incapacidad temporal no constituye un indicio suficiente de discriminación. No hay que

olvidar, como venimos señalando, que “la discriminación se vincula con la existencia de hechos diferenciales inherentes a la condición de persona (sexo, orientación o condición sexual, raza, discapacidad física, psíquica o sensorial), que ponen en peligro el respeto a la dignidad humana y ello porque ésta no se atribuye a la especie humana, sino a cada uno de los seres humanos. Se trata de tratamientos diferenciales basados en rasgos que tienen una base esencialmente biológica y, por tanto, situaciones inseparables de la condición de persona”<sup>16</sup>. Ahora bien, no toda diferenciación basada en un hecho biológico puede ser considerada discriminatoria y la enfermedad es un buen ejemplo. La enfermedad en sentido genérico no es causa de discriminación sino que lo serán determinados tipos de enfermedades que actúan como elemento de segregación social. Es en este sentido, como considero debe entenderse esta causa de discriminación. El declarar la nulidad del despido por el solo hecho de estar el trabajador en situación de incapacidad temporal supone forzar el concepto de discriminación.

A mi juicio, el debate que se abrió hace ya muchos años acerca de la calificación del despido en situación de incapacidad temporal pone de manifiesto la necesidad de reformar, de un lado, la regulación del despido y, de otro, la regulación de la incapacidad temporal, pues “la regulación vigente no refleja adecuadamente el equilibrio que debe existir entre los distintos intereses que se encuentran en juego, de un lado, el derecho del trabajador a restablecer la salud, de otro, el interés empresarial en mantener la productividad y el normal funcionamiento de la empresa”<sup>17</sup>.

Piénsese, por ejemplo, en alguna de las sentencias que hemos comentado en el epígrafe anterior. Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón de 15 de noviembre de 2022 en la que el hijo de los dueños de la empresa comunica a la trabajadora un día antes del despido que sus padres tienen intención de despedirla porque no pueden soportar el coste de la baja y una vez se recupere volverla a contratar. ¿No podríamos estar aquí ante un supuesto de despido por causas económicas? La trabajadora no es despedida por su enfermedad sino por el coste económico que la enfermedad supone para esa pequeña empresa. Sin embargo, la sentencia declara el despido como nulo por discriminatorio.

Sin duda, el despido en situación de incapacidad temporal es un acto antijurídico, cuya antijuridicidad se ha venido reparando con la declaración de improcedencia del

16 GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017. En este sentido afirma la STSJ Cataluña de 30 de enero de 2023 (Recurso de Suplicación: 6219/2022; núm. 469/2023): “Reiteramos que no es lo mismo el concepto de desigualdad y el de discriminación y que la prohibición de discriminación está destinada a preservar las condiciones de igualdad respecto a personas físicas pertenecientes a grupos identificables y cohesionados con una historia de discriminación por razón de una circunstancia personal o social de una u otra forma estrechamente ligada a su integridad y dignidad como ser humano”.

17 DUEÑA HERRERO, L.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad integrado en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE Daouidi de 1-12-2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, Francis Lefebvre, núm. 5, 2017.

despido. Cuestión distinta es que la protección que se dispensa por la vía del despido improcedente pueda no considerarse adecuada o insuficiente en estos casos. De la normativa internacional o europea no se deriva la necesidad de que en estos casos deba procederse a la readmisión del trabajador. El art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 24 de la Carta Social Europea instan a que el trabajador despedido sin una razón válida reciba protección a través de una indemnización adecuada o de otra reparación apropiada. Por su parte, el art. 6 del Convenio 158 OIT sobre terminación de la relación de trabajo establece que la enfermedad no deberá constituir causa justificada de terminación de la relación laboral, pero remite a la legislación interna para determinar los concretos requisitos y las limitaciones que puedan preverse para su aplicación.

Como ha señalado la doctrina, “dentro de un sistema ordenado por la prohibición del despido libre, el despido improcedente con opción de indemnización opera en ciertos casos como una especie de desistimiento indemnizado”. Precisamente el límite a esta especie de desistimiento indemnizado está constituido por los despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales, “lo que lleva a intentar encajar, con mayor o menor fortuna, las motivaciones ilícitas de determinados despidos en la infracción de un derecho constitucional, saltando de la Ley a la Constitución. Los despidos por bajas médicas son una buena muestra”<sup>18</sup>. Recuérdese como el art. 55.6 del derogado ET de 1980 estableció que “el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia”, explicándose el precepto del modo siguiente: “lo que el ET sanciona con nulidad es el intento de despedir tanto por la circunstancia determinante de la suspensión (enfermedad [...]) como por cualquier otra no probada, cuya invocación durante el período de suspensión podría situar al trabajador en indefensión”<sup>19</sup>. Pero, como es bien sabido el vigente art. 55.5 ET establece una regulación bien distinta. Por lo tanto, si lo que se quiere es declarar nulo el despido por bajas médicas lo que tendría que hacer el legislador es incluir esta previsión expresamente en el ET, como anteriormente estaba incluida. Pero tratar de llegar a esa misma solución declarando discriminatorio el despido parece contrario al concepto de discriminación. Esta opción, es decir, declarar la readmisión del trabajador, no requiere necesariamente que se califiquen de discriminatorios los despidos, pues se trata, ante todo, “de establecer una garantía reforzada de la estabilidad en el empleo para los trabajadores en situación de incapacidad temporal”<sup>20</sup>.

Y, de otro lado, la otra institución que sería necesario revisar sería la regulación de la incapacidad temporal, acompañada del recurrente tema del fraude y de la idonei-

18 CÁMARA BOTÍA, A.: “De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2007.

19 MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 20ª edición, 1996.

20 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 104.

dad de los sistemas de control de la misma, hasta el punto de que los despidos se utilizan como radical medida defensiva.

Es aquí, en relación con los costes que para el empresario implica la incapacidad temporal de un trabajador, donde a mi juicio, se encuentra el verdadero problema de los despidos vinculados a la enfermedad del trabajador. Es evidente que la repetición y duración de las faltas al trabajo por enfermedades es una situación que incomoda a los intereses empresariales. Cuando la enfermedad se convierte en permanente afectando de manera constante y presumiblemente definitiva a la capacidad laboral del trabajador, el ordenamiento laboral ofrece al empresario la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo bien a partir de la calificación, por parte de los servicios gestores de la Seguridad Social de la situación del trabajador como de incapacidad permanente total o absoluta (art. 49.1 e) ET), o bien por la vía del despido por ineptitud sobrevenida (art. 52 a) ET). Pero cuando la enfermedad no genera una incapacidad permanente sino una pura incapacidad temporal, el empresario no tiene más opción que mantener al trabajador con los costes que esta situación acarrea. En efecto, la incapacidad temporal exige mantener la cotización por el trabajador enfermo, cotizar por el sustituto y pagar al trabajador el período inicial de la prestación (hasta el decimoquinto día de la baja). Además, el período de suspensión del contrato de trabajo no termina con la declaración de incapacidad permanente, sino que de acuerdo con el art. 48.2 ET, se prolonga durante dos años más “cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo”. Esta regulación “lleva a algunas empresas a tratar de cerrar los procesos de incapacidad temporal con el recurso a despidos injustificados, como vía para reducir costes cuando la indemnización por despido es notablemente inferior al importe del mantenimiento de la suspensión por incapacidad”<sup>21</sup>.

Los altos costes que la incapacidad temporal suponen para el empresario han llevado al abuso de los despidos en incapacidad temporal. Esta actuación abusiva del empresario se trata de penalizar con la calificación del despido como nulo por discriminatorio, olvidando que el coste económico de la enfermedad del trabajador se ha desplazado en gran medida al empresario. La insuficiencia protectora del Estado social y democrático de derecho en este caso se ha tratado de remediar a expensas del empresario, de manera que, ante la imposibilidad de controlar el fraude que en muchos casos acompaña a la incapacidad temporal, se ha cargado en él el coste de la prestación<sup>22</sup>.

21 DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2107.

22 En opinión de LAHERA FORTEZA, J.: “Proteger la enfermedad en el trabajo”, *Diario del Derecho*, Iustel, 2/12/2019, “no se debe desplazar el coste económico de la enfermedad a la empresa, al igual que no se debe poder despedir a enfermos. La prestación de la enfermedad debe ser asumida íntegramente por la Seguridad Social, al igual que las cotizaciones sociales durante la baja médica. El despido por enfermedad debe ser, como regla general, nulo con readmisión. Y hay que mejorar el control público

La solución, como se ve, no es sencilla, pero adoptar, como medida disuasoria, la nulidad del despido, al considerarlo discriminatorio por razón de enfermedad, constituye una solución técnica discutible.

En todo caso, es cierto que si optamos por entender que es la concreta enfermedad padecida, y no la enfermedad con carácter general, la que puede provocar la calificación de nulidad del despido por discriminatorio, resulta muy complicado que nos encontremos con un despido nulo por enfermedad porque para ello sería necesario que el empresario conozca la enfermedad padecida por el trabajador. Sin embargo, la naturaleza de la enfermedad que padece el trabajador y su alcance es una información que afecta a la esfera íntima de la persona y que no figura, en consecuencia, en los partes de baja médica ni en los informes de los servicios de prevención. El empresario sabe que el trabajador está enfermo, pero no conoce la enfermedad padecida. Por eso, entender que el despido es discriminatorio por enfermedad sólo cuando la enfermedad sea tomada en consideración como elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, no es una opción que guste a los partidarios de declarar el despido en situación de incapacidad temporal como nulo, y buscan dicha calificación realizando una interpretación forzada del concepto de discriminación que no responde a lo que la jurisprudencia constitucional entiende por discriminación.

Si consideramos que el despido en situación de incapacidad temporal debe ser declarado nulo, el legislador debería así haberlo previsto expresamente en el art. 55 ET, como sucedía anteriormente, pero al no haber optado por esta solución creo que los mismos problemas y dudas interpretativas que existían siguen manteniéndose tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022.

del fraude en las bajas médicas, porque su ineficiencia termina aceptando este tipo de cálculo de costes”.