



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Abogacía

“La calificación de los despidos por motivo de enfermedad tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”

Presentado por:

Laura María Arenas Serrano

Tutelado por:

Javier Pinto Arranz

Valladolid, a 22 de enero de 2024

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
I. INTRODUCCIÓN	2
II. SUPUESTO DE HECHO: ANTECEDENTES	4
III. CUESTIONES PLANTEADAS: CONSULTA JURÍDICA	8
IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA	9
1. ANÁLISIS SUCINTO DEL SUPUESTO DE HECHO	9
2. EL DESPIDO DE PERSONAS TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL	13
2.1. La normativa comunitaria y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	13
2.1.1. La norma comunitaria, en particular, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.....	13
2.1.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	14
2.1.2.1. Asunto Chacón Navas. Sentencia TJUE de 11 de julio de 2006.	14
2.1.2.2. Asunto HK Danmark-Ring. Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013.....	17
2.1.2.3. Asunto Daouidi. Sentencia TJUE de 1 de diciembre de 2016.	18
2.2. La norma nacional y la postura de los tribunales, en particular tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación	21
2.2.1. Situación previa a la Ley 15/2022: regulación normativa e interpretación por el orden social.	21
2.2.2. Las novedades introducidas tras la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación. ¿Cambio jurisprudencial?	28
3. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD EN LAS DECISIONES EMPRESARIALES: DESPIDOS DISCIPLINARIOS	34

3.1. Los supuestos de nulidad objetiva vs. los de nulidad por motivos discriminatorios.....	34
3.2. La nulidad por razón de enfermedad como motivo de discriminación. Necesidad de aportar indicios e inversión de la carga de la prueba.	36
4. EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LOS SUPUESTOS DE DECISIONES DISCRIMINATORIAS.....	44
5. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO TRAS LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO.	49
V. DICTAMEN JURÍDICO: SOLUCIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS.....	57
VI. VALORACIÓN FINAL Y OPINIÓN PERSONAL	64
VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA DE REFERENCIA.	66

ABREVIATURAS

CDPD: CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

CE: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (1978)

ET: ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

IT: INCAPACIDAD TEMPORAL

LGSS: TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LISOS: LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ÓRDEN SOCIAL

LRJS: LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

TC: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TGSS: TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TJUE: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TS: TRIBUNAL SUPREMO

TSJ: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

UE: UNIÓN EUROPEA

I. INTRODUCCIÓN

El presente dictamen tiene por objeto el estudio y análisis de la calificación de los despidos en aquellas personas trabajadoras que son despedidas en situación de incapacidad temporal (en lo sucesivo, IT) por motivos de enfermedad tras la publicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

La evolución de nuestra sociedad comporta nuevas exigencias normativas en materia de ciudadanía, inclusión, disfrute de derechos humanos y libertades fundamentales fuera de ámbitos discriminatorios. No hay duda de que el mercado laboral es uno de los ámbitos que mayores retos afronta a la hora de acoger a personas o colectivos con discapacidad o enfermedad. Ambos conceptos presentan ciertas similitudes, ya que su significado gira en torno a la salud de las personas, llegando incluso a provocar cierta confusión en nuestro lenguaje coloquial, pese a que describen realidades totalmente diferentes.

A nivel internacional, tomamos como referencia normativa la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006, garantista de los derechos de las personas con discapacidad. A nivel europeo, no podemos perder de vista el corpus normativo comunitario, ya que, el propio artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, dispensa una prohibición en el empleo y en la ocupación de actos discriminatorios por motivo de discapacidad, pero nada se dice al respecto sobre si en términos similares, debe ofrecerse la misma protección a aquellas personas trabajadoras que tuviesen una enfermedad durante la vigencia del contrato laboral.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) ejerciendo un papel mediador, logró acercar posturas de ambas realidades -discapacidad y enfermedad- a través de sus pronunciamientos. En especial, a raíz de la doctrina *Daouidi*, responde acerca del concepto de discapacidad, considerando que ha de tenerse en cuenta la delimitación del concepto “a largo plazo o larga duración”, sin que ello comporte una exclusión a la temporalidad de la incapacidad laboral, así como determinar cuándo se entiende producido el acto discriminatorio.

La reforma laboral española operada en 1994 elimina de forma definitiva la nulidad para aquellos despidos ejecutados durante una suspensión del contrato de trabajo. Este acontecimiento ha ido cristalizándose en la doctrina del Tribunal Constitucional y del

Tribunal Supremo, de manera que han generado una capa impermeable y estanca respecto de la jurisprudencia comunitaria.

Pese a ello, la nueva Ley 15/2022 ha abierto una nueva ventana en cuanto a la interpretación del despido en situación de IT, dónde hasta hace poco solo podía ser considerado en su caso como improcedente (por no acreditarse la causa) y no como nulo (por discriminatorio o por vulneración de los mencionados derechos constitucionales a la salud, la integridad física y moral o la garantía de indemnidad), con las consecuencias legales que conlleva para el trabajador.

No obstante, no estamos ante un supuesto encuadrado en la nulidad objetiva del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET), por lo que las personas trabajadoras que padezcan una enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, deberán aportar una serie de indicios acerca de la existencia de un acto discriminatorio o de una posible vulneración de derechos fundamentales que haya podido incurrir la empresa.

A su vez, las personas trabajadoras tienen el derecho a recibir una indemnización por daño moral como consecuencia de haber sufrido actos discriminatorios, siendo una de las garantías propias de la nueva Ley 15/2022, como elemento resarcitorio hacía aquellas víctimas que se han visto privadas del principio de igualdad y no discriminación por motivo de enfermedad, así como ejercer un efecto disuasorio a los empleadores que cometiesen dichos actos.

Por todo ello, este trabajo busca profundizar sobre el cambio jurisprudencial que debe comportar la publicación de esta nueva Ley, así como determinar, si en este caso ha existido discriminación, y por ende, el supuesto de hecho planteado a continuación sobre el despido de una trabajadora en situación de IT, es o no conforme a derecho.

A la espera de que se pronuncie sobre este asunto el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS), son numerosos los pronunciamientos judiciales existentes hasta ahora, con una gran diversidad de criterios, que junto a este dictamen crítico, se persigue arrojar luz sobre los desafíos y oportunidades que la nueva legislación plantea en el ámbito de los despidos por motivos de enfermedad, contribuyendo así al debate académico y proporcionando diferentes perspectivas valiosas para la aplicación efectiva de la ley en el contexto laboral español.

II. SUPUESTO DE HECHO: ANTECEDENTES

Laura María Arenas Serrano, Letrada, Colegiada número 4.500 del Ilustre Colegio de la Abogacía de Valladolid, con despacho profesional abierto en esta ciudad (47003) en la calle Val, 1 – 2º E, recibe en consulta a doña María Candelas Freire López.

Doña María Candelas Freire López, que pretende asesoramiento en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, plantea a la Letrada el supuesto que sigue:

I

Doña María Candelas Freire, de 56 años de edad, ha venido prestando servicios profesionales para la mercantil RESTAURANTE GARCÍA, S.L., con antigüedad desde el día 20/11/2008, con contrato de trabajo indefinido y a jornada completa de 40 horas semanales, prestadas de lunes a domingo con los descansos legalmente establecidos.

Presta servicios, con la categoría profesional de camarera, en el único centro de trabajo que dispone la empresa en Valladolid (47004) en la acera de Recoletos, 10 – bajo, establecimiento MESÓN GARCÍA.

Su salario mensual es de 2.250,24 euros brutos, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias, resultando de aplicación a la relación de trabajo el Convenio Colectivo de Hostelería y Alojamientos Turísticos de la Provincia de Valladolid años 2018 – 2026 (código número 47000235011982).

II

El centro de trabajo ocupa a seis personas trabajadoras, siendo el salario que percibe doña María Candelas Freire el más elevado.

III

Desde el inicio de la relación laboral, la trabajadora ha permanecido en situación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, en los siguientes periodos:

- Durante los días 18/12/2015 y 22/12/2015, como consecuencia de una infección respiratoria.
- Durante los días 15/03/2019 y 25/03/2019, a causa de una intervención quirúrgica menor.
- Durante los días 07/07/2020 y 15/07/2020, siendo el diagnóstico COVID-19.
- Finalmente, durante los días 05/06/2023 y 15/06/2023, por una caída en la calle.

Expedidos los correspondientes partes médicos de baja, se ha desplazado al centro de trabajo para entregar la correspondiente copia a la empresa; salvo al momento de la incapacidad motivada por COVID-19, en que, siguiendo indicaciones de don Miguel Ángel García Sanz (Administrador único de la empresa), ha procedido a remitirle fotografía de la copia del parte para la empresa vía WhatsApp, a los efectos de evitar contactos con el resto del personal.

IV

En fecha 03/10/2023, hacia las 13:45 horas, la trabajadora ha sufrido un accidente de trabajo, al haber resbalado y caído por las escaleras del establecimiento.

Puestos en contacto con la Mutua colaboradora (con la que la empresa tiene concertadas las contingencias profesionales), le han remitido al centro asistencial Campo Grande de Valladolid.

V

En el centro asistencial, le han expedido el correspondiente parte médico de baja de incapacidad temporal por contingencias profesionales, derivado del accidente descrito, con

el diagnóstico de rotura de meseta tibial en pierna izquierda, y con fecha de 03/10/2023. La duración estimada de la baja, según el parte médico, es de 6 meses (duración estimada larga).

En el centro médico han comunicado a la trabajadora, de manera verbal, que su patología precisará cirugía, siendo previsible que su baja médica se prolongue durante varios meses. Además, le han referido que, debido a su edad, es probable que vaya a cursar secuelas.

VI

El mismo día 03/10/2023, don Miguel Ángel García Sanz, después de interesarse por su estado de salud tras el accidente, ha solicitado de la trabajadora el envío, mediante fotografía a través de la aplicación de WhatsApp, la copia del parte médico de baja que le han expedido.

A las 19:25 horas del día 03/10/2023, doña María Candelas Freire López ha remitido la fotografía interesada, así como el mensaje que sigue: *“Miguel, me han dicho en el Hospital que esto va para largo... y que a ver cómo me queda el pie. Ya te contaré, gracias por preguntar”*.

En el parte médico, respecto del que ya no se expide copia para la empresa (tras la entrada en vigor del Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre), consta el diagnóstico de la trabajadora, la descripción de la limitación de la capacidad funcional y la duración estimada del proceso de baja.

VII

En fecha 07/10/2023, la empresa ha remitido a la trabajadora, a través de burofax dirigido a su domicilio particular, carta de despido invocando motivos disciplinarios, y con efectos del mismo día 07/10/2023. El burofax ha sido entregado en la fecha indicada.

Concretamente, la comunicación extintiva expresa lo que sigue:

En Valladolid, a siete de octubre de dos mil veintitrés

Muy Sra. Nuestra:

Por la presente le comunicamos que la Dirección de RESTAURANTE GARCÍA, S.L. ha tenido conocimiento de que Ud. Ha disminuido continuada y voluntariamente el rendimiento normal de su trabajo, desde el mes de enero de 2023.

Por todo ello y en vista de lo dicho en el primer párrafo de la presente consideramos que estos hechos son constitutivos de un incumplimiento grave y culpable, tipificado en el artículo 54.2.b) y e) del Estatuto de los Trabajadores y 42.7 del Convenio Colectivo, como consecuencia de la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal y pactado.

*Por los hechos descritos y al amparo de los citados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio Colectivo se le comunica su **DESPIDO DISCIPLINARIO.***

El despido será efectivo el día de la fecha.

III. CUESTIONES PLANTEADAS: CONSULTA JURÍDICA

Doña María Candelas Freire López interesa conocer el parecer de la Letrada que suscribe sobre los siguientes extremos:

- a) ¿Cómo se calificaría la extinción contractual al encontrarse en situación de incapacidad temporal al momento del despido?
- b) ¿Tiene derecho a una indemnización complementaria por daño moral?
- c) ¿Tiene la posibilidad de solicitar la prestación de desempleo al haber sido despedida en situación de incapacidad temporal?
- d) ¿Tiene que restituir la correspondiente prestación de la seguridad social si se declara nulo el despido?

IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

1. ANÁLISIS SUCINTO DEL SUPUESTO DE HECHO.

La salud de las personas trabajadoras es algo relevante que de un modo u otro puede llegar a afectar de forma pluridimensional en el ámbito de las relaciones laborales. Ha de tenerse en cuenta que **la enfermedad**, en un sentido general, es un factor que de forma ineludible provoca alteraciones en la productividad de las personas, en particular, en las funciones por las cuales se llevó a cabo la contratación de un trabajador¹.

El **despido disciplinario** se caracteriza primordialmente por la extinción de la relación contractual en base a un incumplimiento grave y culpable del trabajador². La decisión es tomada por el empresario de manera unilateral, pudiendo solo adoptarse cuando concurren determinadas causas tasadas³ que justifiquen esta modalidad de despido, estando siempre asociadas directamente con la conducta del trabajador.

Estamos hablando de la máxima manifestación del empresario a través del ejercicio de su poder sancionador en la empresa, que por ende también es la sanción más grave que prevé nuestro ordenamiento laboral⁴. A su vez, cabe mencionar que la potestad sancionadora debe cumplir con el principio de tipicidad y legalidad de la sanción impuesta, ya que no solo cabe una lista cerrada de incumplimientos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores⁵, si no que ha de tenerse en cuenta lo pactado en el convenio colectivo aplicable en cada caso, dónde como “normal especial” puede mejorar válidamente la sanción⁶.

¹ ASQUERINO LAMPARERO María José. “La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *TEMAS LABORALES* núm.165/2022, pág. 154.

² Artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores.

³ Artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴ Sentencia del TSJ de Cataluña (Social) N° de Rec. 3158/2018 de 13 de septiembre de 2018. “*Se debe exigir un juicio de proporcionalidad entre el incumplimiento realizado y la sanción a imponer, a través de la aplicación de la teoría gradualista*”.

⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.

⁶ Memento práctico Francis Lefebvre Social. Aproximación a la Legislación Social. Versión online. Base de datos Uva. Punto 2157 y ss.

En la práctica, es comúnmente utilizado por las empresas la comunicación de este tipo de despidos al amparo del artículo 54.2 e) del vigente Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante), es decir, *“la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado”*. La explicación a este fenómeno se encuentra en la forma y fondo de este tipo de despido, puesto que sigue un procedimiento específico.

En primer lugar, para que este tipo de despido sea válido y por tanto procedente, se debe notificar por escrito a la persona trabajadora *“haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”* (Artículo 55.1 ET), sin necesidad de preaviso⁷. Es decir, la notificación debe incluir una descripción detallada de los hechos e incumplimientos que se consideran graves y culpables que han llevado a imponer la sanción de despido.

En segundo lugar, el empresario debe acreditar las notas de voluntariedad y gravedad si tiene como fin la procedencia del despido, por el contrario, si el relato de los hechos es genérico sin llegar a especificar el rendimiento previo o la magnitud de la disminución concreta, como ocurre en la carta del supuesto planteado, donde dispone que *“Ha disminuido continuada y voluntariamente el rendimiento normal de su trabajo, desde el mes de enero de 2023”*, el despido estaría abocado a impugnarse en vía judicial por apreciarse, al menos, la improcedencia⁸.

La calificación judicial sobre la decisión empresarial del despido disciplinario ante una persona trabajadora que se encontraba en situación de incapacidad temporal podría tomar tres vías diferentes: la procedencia, la improcedencia o la nulidad. Es un aspecto sustancial el caso de que una persona trabajadora en la impugnación del despido alegue discriminación y

⁷ Esta característica del despido disciplinario nos lleva a reflexionar que las personas trabajadoras no reciben un trámite previo de audiencia con la posibilidad de explicarse y defenderse contra los cargos formulados, como sí que ocurre con los trabajadores afiliados a un sindicato, delegados sindicales o representante legal de los trabajadores, generando en cierto modo una situación de desigualdad e inseguridad jurídica.

⁸ Sentencia del TSJ de Canarias (Social) de 8 de febrero de 2019. Señala el TSJ que habiéndose limitado la empresa a imputar a la trabajadora un bajo rendimiento genérico, sin acreditar una disminución concreta del mismo ni el rendimiento previo que permita la comparación, el despido disciplinario operado, al no fundamentarse en causa hábil prevista legalmente, ha de ser conceptualizado como improcedente, conforme a lo dispuesto en los arts. 56 ET y 108 LRJS (FJ 4).

aporte una serie de indicios fundados que harán que se invierta la carga de la prueba, recayendo el papel de conseguir desvirtuar dichas alegaciones al empleador⁹.

En el mejor de los casos para la empresa, si consigue acreditar que las causas que han originado el despido son ajenas a una motivación discriminatoria por razón de enfermedad, puesto que se debe únicamente a una culpabilidad en la conducta del trabajador, sería calificado como **procedente**. La consecuencia de un despido procedente no es otra que la convalidación en vía judicial de la extinción de la relación laboral, sin derecho a percibir indemnización ni el abono de salarios de tramitación.

Si la empresa logra desvirtuar los indicios discriminatorios, pero existen otros incumplimientos, por ejemplo, defectos formales, el despido sería calificado como **improcedente**. En el despido improcedente la consecuencia inmediata se deja en manos del empresario, el cual deberá optar entre la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Si la elección es la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, deberá serlo en las mismas condiciones en las que venía desempeñándolas, además tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación¹⁰. Si la elección es el pago de la correspondiente indemnización, se confirmaría la extinción de la relación laboral entre el trabajador y su empleador.

La calificación del despido como **nulo**, en virtud del artículo 55.5 ET también es otra de las vías que podría adoptar el juez al apreciar que el único móvil posible ha sido por motivos discriminatorios recogidos en la Constitución Española (en lo sucesivo, CE) o en la ley. Y esto es precisamente lo que nos cuestionaremos a lo largo del dictamen, puesto que hasta hace escaso un año, el despido en situación de incapacidad temporal, ya sea bien por contingencias comunes o, por contingencias profesionales, no era considerado motivo de

⁹ GORDO GONZÁLEZ Luis. “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo.” *Revista Labos*, Vol. 4, Número extraordinario ‘Tormenta de reformas’, 2023, pág. 116.

¹⁰ Artículo 56.2 ET: “En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

discriminación en conexión con el artículo 14 de la CE, al no contenerse ninguna referencia expresa a la enfermedad o cualquier condición de salud como posible causa discriminatoria.

Sin embargo, es relevante traer a colación en el presente trabajo las consecuencias de la reciente promulgación de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación en materia de nulidad, dónde más adelante desarrollaremos los aspectos novedosos de esta ley, así como el análisis jurisprudencial de los últimos pronunciamientos en esta materia por las distintas instancias españolas.

Como bien sabemos, como paso previo al inicio de un proceso judicial en el marco de la jurisdicción social, se debe celebrar un acto de conciliación entre el empleador y el trabajador. Tiene carácter obligatorio y su regulación aparece en el artículo 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en lo sucesivo, LRJS). La presentación de la “papeleta de conciliación” despliega una serie de efectos importantes en materia de plazos procesales sobre la impugnación de los despidos, puesto que suspende el transcurso del plazo de caducidad para interponer la demanda desde el momento de su presentación¹¹ (artículo 65.1 LRJS).

Una vez celebrada la conciliación ante el SMAC/SERLA, en el caso de que el resultado sea sin avenencia/intentada sin efecto (ante la incomparecencia de la requerida), se reanuda el plazo de caducidad para presentar la demanda ante el Juzgado de lo Social competente.

A continuación, tras conocer los hechos relatados por la trabajadora, nuestra cliente, y posterior examen de la documentación que nos facilita, nuestra labor como profesional de la abogacía es transmitirle el camino más óptimo para la resolución del problema jurídico que nos expone. Para ello, tras estudiar la viabilidad del asunto, se plantea una línea de defensa sobre la apreciación de una posible nulidad (comentado en el punto nº 3.2 del presente dictamen), así como también de manera subsidiaria una improcedencia de dicho despido.

Para ello, realizaremos un breve estudio y análisis sobre la jurisprudencia relativa al problema que se nos plantea, con una primera visión externa sobre el acervo comunitario y una posterior comparativa con las recientes reformas suscitadas en nuestro ordenamiento jurídico interno.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 350/2022 (Sala de lo Social), de 19 de abril de 2022 (Recurso 460/2020) FD 3.

2. EL DESPIDO DE PERSONAS TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

2.1. La normativa comunitaria y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.1.1. La norma comunitaria, en particular, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En el ámbito del Derecho Comunitario encontramos antecedentes en materia antidiscriminatoria en relación a la discapacidad, sin embargo, nada se dice al respecto sobre la enfermedad y su posible protección a nivel normativo.

Tanto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 10, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 21, contemplan como causa de discriminación la discapacidad, así como la aprobación de las medidas que se precisen pertinentes -previa aprobación del Consejo- para luchar contra dicho motivo¹².

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en varios de sus artículos también quiso reflejar la protección frente al despido en su artículo 30, señalando que, *“Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”*. Así como reforzar el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social en su artículo 34.1 donde *“La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”* y la protección a la salud en el artículo 35, considerando que *“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las*

¹² CORDERO GORDILLO Vanesa. “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13(1), 2023, pág. 7.

condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

Particularmente, también se contempla la discapacidad como motivo discriminatorio con la publicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo el 27 de noviembre del año 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹³. En concreto, el objeto de esta Directiva recogido en su artículo 1, prohibía la discriminación en el empleo por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

La Directiva entiende en su artículo 2.1 que el principio de igualdad de trato será “(...) *aquella ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1*”, detallando en el mismo precepto, pero en su apartado 2, qué se debe considerar como discriminación directa e indirecta.

Sin embargo, no encontramos alusión alguna a lo largo del texto de la Directiva sobre qué podría entenderse por discapacidad, dejando vacío de contenido este concepto, al no delimitar una definición clara, haciendo alusiones genéricas como por ejemplo “*respecto de las personas con una discapacidad determinada*”, donde además nos deja entrever que, en el encuadre de la discapacidad, deberían reunirse ciertos requisitos, que, como venimos diciendo, no se citan.

En este sentido, se suscitó un amplio debate entre los Estados Miembros, sobre si la protección antidiscriminatoria que ofrecía la Directiva 2000/78 resultaba equiparable al concepto de “enfermedad” de igual manera que le era reconocido de forma expresa al de “discapacidad”. Esto desencadenó una serie de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) que nos llevará a analizar y comprender la evolución conceptual y hermenéutica del término discapacidad a través de su jurisprudencia.

2.1.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.1.2.1. Asunto Chacón Navas. Sentencia TJUE de 11 de julio de 2006.

¹³ DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

El Juzgado de lo Social número 33 de Madrid planteó el 7 de enero de 2005 una cuestión prejudicial por la vía del artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)¹⁴, conocido como el asunto “Chacón Navas”, en el cual se aborda si cabría un pronunciamiento declarativo judicial en términos de nulidad del despido, por cuanto la decisión de poner fin a la relación laboral tenía como motivo principal la situación de enfermedad, constatando un trato desigual por discriminación¹⁵.

El origen de la polémica surgió a raíz de la transposición a nuestro ordenamiento nacional de la mencionada Directiva europea con la publicación de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social¹⁶. Su cuerpo normativo, vino a modificar los artículos 4.2.c) ET y 17.1 ET con el fin de erradicar y proteger en el ámbito laboral a aquellos trabajadores que se veían afectados por una situación de discriminación por razón de discapacidad (o “*disability*” término empleado por la propia Directiva)¹⁷.

Los hechos controvertidos del litigio resultaban de un despido efectuado por la empresa Eurest Colectividades S.A. a la trabajadora Sonia Chacón Navas poniendo fin a su relación laboral mientras esta se encontraba en situación de IT por enfermedad, no habiéndose justificado motivo alguno del despido a la vez que se le reconocía el carácter improcedente de esta decisión empresarial, con la puesta a su disposición de la indemnización correspondiente.

La esencia de la cuestión prejudicial formulada se centró en dos consultas. La primera es si en los mismos términos que se estaba juzgando a la trabajadora en España afectada por un despido teniendo como único motivo la enfermedad, la Directiva 2000/78 en su artículo

¹⁴ “Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”. Artículo 234 TCE. Diario Oficial de la Comunidades Europeas de 24 de diciembre de 2002.

¹⁵ ASQUERINO LAMPARERO María José. “La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *TEMAS LABORALES* núm.165/2022, p.p. 160-162.

¹⁶ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. «BOE» núm. 313, de 31/12/2003.

¹⁷ VELASCO PORTERO Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pág. 150.

1 ofrecía la misma protección que en términos de discapacidad. En segundo lugar, la consulta formulada era si cabía considerar a la enfermedad como motivo añadido (“seña indentitaria”) a los ya predeterminados por la Directiva 2000/78.

Como bien hemos relatado en el apartado anterior, la protección ofrecida por la Directiva 2000/78 abarca el marco general sobre aquellos actos discriminatorios contra la discapacidad, pero no hay mención expresa a la enfermedad, ni tampoco si de forma análoga debería de blindarse con la misma protección jurídica.

La luz de la **sentencia sobre el Asunto Chacón Navas**¹⁸ tuvo lugar el **11 de julio de 2006** dando respuesta el Alto Tribunal a través de su fallo a dos cuestiones relevantes.

En primer lugar, trae a colación el decimosexto considerando de la Directiva, cuando da respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada refiriéndose a la discapacidad como una situación pensada por el legislador de ‘larga duración’. Además, concreta que si tras realizar los ajustes necesarios para adaptar a la persona trabajadora con discapacidad en su puesto de trabajo, no resulta competente, disponible o capacitada para desempeñar las funciones descritas en su contrato, el despido estaría justificado por suponer una carga excesiva al empresario¹⁹.

En segundo lugar, determina que el uso del concepto de discapacidad por el legislador comunitario en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, muestra una clara intencionalidad de querer diferir a conciencia respecto del concepto de enfermedad, entendiendo la discapacidad como *“una limitación que se deriva, en particular, de deficiencias físicas, mentales o psicológicas, y que dificulta la participación de la persona en cuestión en la vida profesional”*²⁰.

Por lo que, tras la lectura de esta sentencia y en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Madrid, la posición del TJUE es clara y restrictiva con lo establecido en la Directiva 2000/78, al entender que la calificación del despido no podría ser de nulo, puesto que la enfermedad no se encuentra protegida en términos análogos a la

¹⁸ Sentencia TJCE de 11 de julio de 2006 en el asunto C-13/05, *Chacón Navas*.

¹⁹ Sentencia TJCE de 11 de julio de 2006 en el asunto C-13/05, *Chacón Navas*, considerando 16.

²⁰ La definición brindada en la sentencia del término discapacidad no permite de una manera clara y precisa dilucidar con el término enfermedad, ni de modo alguno que notas o características permitiría a los operadores jurídicos saber ubicar un caso concreto si se engloba dentro de un término u otro.

discapacidad, como un motivo discriminatorio hacia las personas trabajadoras afectadas por esta condición.

2.1.2.2. Asunto HK Danmark-Ring. Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013.

Partiendo de la interpretación que venían realizando los tribunales europeos sobre la discapacidad, surge un notable cambio a raíz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo, CDPD), adoptada el 13 de diciembre de 2006, ya que su incorporación al ordenamiento comunitario aporta una postura más amplia respecto de la Directiva 2000/78.

No fue hasta tres años más tarde, cuando la Unión Europea aprobó esta Convención, formalizándola a través de la Decisión del Consejo de 2010/48/CE de 26 de noviembre de 2009, teniendo como nota característica en su artículo 1 un desarrollo del concepto de personas con discapacidad, entendiéndolo como tales *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*²¹.

El establecimiento de una postura menos restrictiva sucede con la **sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 en el asunto HK Danmark**²², que da respuesta a una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano jurisdiccional danés relativas a la interpretación de los artículos 1, 2 y 5 de la Directiva 2000/78/CE. La consulta realizada se presentó en base a dos litigios acontecidos con dos trabajadoras (la Sra. Ring y la Sra. Skouve Werge) representadas por el sindicato HK Danmark y sus respectivos empleadores, dónde se cuestionaba la legalidad de los despidos por motivos de salud²³.

El Tribunal en este caso, ha interpretado la sentencia acorde a lo establecido por la CDPD, difiriendo de la interpretación dada en el Asunto Chacón Navas comentado en el punto anterior. Señala además en el considerando 32 de la sentencia, que la propia Directiva

²¹ Diario Oficial de la Unión Europea. *Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE)*. Artículo 1.

²² Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013, en los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *Ring*.

²³ LASO PÉREZ Javier. “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HK Danmark”. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA (Enero-Junio 2013) INTERNACIONAL PÚBLICO. *Revista Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, pág. 262.

2000/78 debe interpretarse de forma simbiótica conforme a la CDPD. Resalta la importancia de la definición dada en el artículo 1 de la Convención de la ONU sobre las deficiencias que caracterizan a la discapacidad, introduciendo el término “a largo plazo”.

Por ende, y dando respuesta a una de las cuestiones formuladas, en su considerando 43 señala que *“procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable 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, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”*²⁴.

Respecto a la enfermedad en sí misma, reitera que, si no comprende una limitación con los requisitos mencionados en el párrafo anterior, no podrá entenderse en los términos de discapacidad establecidos en la Directiva 2000/78, ni constituir un motivo añadido a los ya recogidos por esta.

2.1.2.3. Asunto Daouidi. Sentencia TJUE de 1 de diciembre de 2016.

Esta sentencia tiene gran relevancia a efectos del supuesto planteado, ya que, una vez más de la mano de un órgano judicial español, se plantean una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE dando lugar a la **sentencia de 1 de diciembre de 2016**²⁵, también conocida como el asunto Daouidi.

Como decimos, el origen de esta sentencia se encuentra en el Juzgado de lo Social español número 33 de Barcelona, el cual planteó cinco cuestiones prejudiciales de las cuales el Tribunal Europeo responde solo a la última de ellas, al considerar que las otras cuatro iban más allá de la Directiva 2000/78 y no eran de su competencia.

Nos encontramos ante un despido disciplinario a un trabajador, el Sr. Daouidi, que fue contratado como ayudante de cocina en el restaurante de un hotel en Barcelona. El Sr. Daouidi, sufrió un accidente laboral resbalando en la cocina del restaurante que le provocó una dislocación del codo izquierdo teniendo que ser enyesado, iniciándose a su vez un

²⁴ Sentencia TJUE de 11 de abril de 2013, en los asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *Ring*, considerando 43.

²⁵ Sentencia TJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395/15, *Daouidi*.

proceso para el reconocimiento de la incapacidad temporal derivada de accidente laboral. A las pocas semanas, el jefe de cocina se pone en contacto con el trabajador para interesarse por su estado de salud, además de preguntarle cuando podría ser de nuevo su incorporación al puesto, a lo que el Sr. Daouidi le indica que la reincorporación no va a poder ser de manera inmediata.

Un mes y medio después desde la fecha del accidente, el Sr. Daouidi recibe comunicación por parte de la empresa por la que se pone fin a su relación laboral por motivos disciplinarios *“al 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”*.

La visión del magistrado español ante la unánime jurisprudencia de la mano del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, de no aceptar como causa discriminatoria la enfermedad del mismo modo que sí se determina con el de discapacidad, conforme a la protección ofrecida por la Directiva 2000/78, decide así plantear el problema al TJUE. En tal sentido, el planteamiento que suscita es desde luego interesante, y cito textualmente de la sentencia, ya que se pregunta *“si tal despido no es contrario al Derecho de la Unión en la medida en que viola el principio de no discriminación y vulnera el derecho a protección en caso de despido injustificado, el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y el derecho a la protección de la salud, consagrados, respectivamente, en el artículo 21, apartado 1, en los artículos 30 y 31, en el artículo 34, apartado 1, y en el artículo 35 de la Carta”*²⁶.

Es desde luego notable la línea planteada por el magistrado, de la cual, no tuvimos la fortuna de ver un pronunciamiento que armonizase los artículos 3 y 15, del artículo 21, apartado 1, de los artículos 30 y 31, del artículo 34, apartado 1, y del artículo 35 de la Carta en relación con el caso que nos ocupa²⁷.

Haciendo hincapié en lo que efectivamente si se pronunció el TJUE, la cuestión prejudicial quinta, dio respuesta a la siguiente pregunta: *“¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” —como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien*

²⁶ Sentencia TJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395/15, *Daouidi*, considerando 33.

²⁷ MORENO DOMÍNGUEZ Juan Francisco. “La revitalización de la protección de la denostada doctrina *Daouidi* a raíz de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (2), 2023, pág. 8.

conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?”.

En primer lugar, deja claro que la interpretación de la Directiva 2000/78 debe hacerse en la medida de lo posible conforme a lo recogido en la Convención de la ONU y su posterior ratificación por la Unión Europea. En segundo lugar, una vez asentadas las bases a tomar sobre el concepto de discapacidad referido a *“una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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”*, entiende también que la Directiva incluye las discapacidades procedentes de accidentes²⁸.

Sin embargo, el escollo principal gira en torno al término “largo plazo” y “larga duración”, puesto que no se establece limitación alguna al respecto, considerando el TJUE que debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. Así pues, la aplicación al Sr. Daouidi con arreglo al derecho español de la incapacidad temporal, no quiere decir que se le esté excluyendo de ser calificada su limitación como duradera por el hecho de utilizar el término “temporal”, dentro del contexto empleado por la Directiva 2000/78 en atención a la Convención de la ONU²⁹.

En este sentido, concluye el TJUE respondiendo que, el hecho de que el trabajador se halle en una situación de incapacidad temporal de duración incierta, no quiere decir que pueda definirse automáticamente como duradera, con arreglo a la definición de discapacidad dada por la Directiva. Además, relega al juez español remitente, y, al resto de Estados Miembros, a que sean ellos mismos los que valoren en atención a cada caso concreto, si la limitación tiene un carácter duradero³⁰. Para ello considera que se debe partir de una serie de indicios para conocer si estamos ante una situación de limitación duradera, siendo estos:

²⁸ Remisión al considerando 40 de la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, considerando 41.

²⁹ AGUSTÍ MARAGALL Joan. “El caso Daouidi: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la “limitación duradera” como situación de discapacidad”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº6, 2017, Editorial Wolters Kluwe, p.p. 5-6.

³⁰ MORENO DOMÍNGUEZ Juan Francisco. “La revitalización de la protección de la denostada doctrina *Daouidi* a raíz de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (2), 2023, p.p. 10-11.

- Estando en la fecha del del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo,
- O, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona³¹.

Como broche final a esta línea de pronunciamientos del TJUE, surge la **sentencia de 18 de enero 2018 en el asunto C-270/16 Ruiz Conejero**³². En este caso, el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre si la causa del despido objetivo con motivo en faltas de asistencia intermitentes, aunque justificadas (art. 52. d ET) eran contrarias a la tutela antidiscriminatoria por discapacidad de la Directiva 2000/78/CE.

El TJUE resuelve remitiendo al órgano jurisdiccional español, la tarea de *“verificar si la limitación de la capacidad de éste ha de calificarse de discapacidad a efectos de dicha Directiva”*, por lo que señala que *“A este respecto, el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo. En estas circunstancias, no cabe considerar que esta disposición establezca una diferencia de trato directa por motivos de discapacidad, en el sentido del artículo 1 en relación con el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, dado que se basa en un criterio que no está indisociablemente ligado a la discapacidad”*.

2.2. La norma nacional y la postura de los tribunales, en particular tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

2.2.1. Situación previa a la Ley 15/2022: regulación normativa e interpretación por el orden social.

Es oportuno recordar el origen del Estatuto de los Trabajadores, contemplado inicialmente en el número 2 del artículo 35 de la CE, dónde disponía que *“La ley regulará un*

³¹ Sentencia TJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395/15, *Daouidi*, considerando 59.

³² Sentencia TJUE 18 de enero 2018 en el asunto C-270/16, *Ruiz Conejero*.

estatuto de los trabajadores”, dando sentido y necesidad al precepto, naciendo así la Ley ordinaria 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores³³.

En el propio artículo 55 número 6 de la mencionada ley, recogía que *“El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia”*. En esta misma línea, el Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral³⁴ en su artículo 102 establecía que *“Sólo se declarará «nulo» el despido cuando el empresario no hubiese cumplido los requisitos establecidos en el número 1 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente el despido, o en los demás casos establecidos por la Ley”*.

Con esto, hemos comprobado que la problemática que acontece en la actualidad, en su momento, quedaba resuelta por el contenido de la redacción original del Estatuto de los Trabajadores, configurando una tutela particular a aquellos trabajadores enfermos en situación de IT frente al despido. Es decir, todos aquellos trabajadores que hubiesen tenido suspendido el contrato (como bien ocurre con la incapacidad temporal -art. 45.1 letra c del ET-) y fuesen despedidos, la consecuencia a dicho acto era la calificación de nulo de estos despidos en caso de no haberse acreditado su procedencia. Esta nueva normativa nacional, cumplía con lo dispuesto en el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que fue ratificado por España el 26 de abril de 1985. En ambas regulaciones se disponía una protección frente al despido de aquellas personas trabajadoras que se encontraban en una situación de suspensión contractual por incapacidad temporal³⁵, cumpliendo así el artículo 6 del Convenio 158 donde se disponía que *“La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”*³⁶.

³³ BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980.

³⁴ BOE núm. 182, de 30 de julio de 1980.

³⁵ VELASCO PORTERO Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pág. 144.

³⁶ C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). Artículo 6.

Esta regulación tuvo su fin con la reforma laboral suscitada por la Ley 11/1994 de 19 de mayo³⁷, mediante la cual se modifican varios artículos del Estatuto de los Trabajadores entre otros textos legales, suprimiendo así la calificación de nulos de aquellos despidos en los supuestos de suspensión del contrato en el ámbito de las relaciones laborales³⁸. A pesar de que algunos tribunales continuaron dictando sentencias inclinadas a estimar la nulidad del despido practicado a los trabajadores en situación de incapacidad temporal, el cambio de criterio radical y más restrictivo tras la reforma de 1994 se reflejó con la **sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 29 de enero de 2001**³⁹, mediante la cual se resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la calificación que corresponde al cese del trabajador despedido.

En dicha sentencia es interesante resaltar como la fundamentación jurídica del TS hace mención sobre la nueva redacción del artículo 55.5 ET⁴⁰, donde ya no consta la nulidad del despido en supuestos de suspensión del contrato de trabajo, en concreto señala *“el denominado despido fraudulento de creación jurisprudencial no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en los que, como en el presente caso, se establece el motivo real del despido, pero éste no tiene la protección del ordenamiento, porque cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedencia”*⁴¹.

Podríamos decir que, de manera introductoria, confirma que las causas de nulidad son las tasadas legalmente, y no ha lugar otras que no se detallen como tal en la legislación vigente en aquel entonces. Ha de tenerse en cuenta, que la Directiva europea 2000/78 ya había visto la luz en el momento en el que se dicta esta sentencia, y por ello, asume su doctrina en los mismos términos diciendo que, *“La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en*

³⁷ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

³⁸ VELASCO PORTERO Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, pág. 145.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 29 de enero de 2001 (Recurso 1566/2000).

⁴⁰ “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 29 de enero de 2001 (Recurso 1566/2000), FJ 2.

*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 artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”*⁴².

El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 14 CE, contiene además en su propia redacción, un cajón de sastre cuando hace referencia a “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Sin embargo, tanto la sentencia del TS de 29 de enero de 2001, como posteriores pronunciamientos del TS⁴³ han considerado dicha doctrina ajustada a derecho, no apreciando la enfermedad como causa de discriminación reconocida constitucionalmente en relación al artículo 14 CE, con la consecuente inaplicación del artículo 55.5 ET, declarando por tanto la improcedencia del despido, y no la nulidad.

Como reflejo de lo que acabamos de señalar, mencionamos la **sentencia del Tribunal Supremo 366/2016, 3 de mayo de 2016**⁴⁴, la cual, confirma la doctrina consolidada hasta el momento por el TC y el TS, y a su vez, mantiene la congruencia con el TJUE. El supuesto de hecho versa sobre una trabajadora contratada como teleoperadora que prestaba servicios para un Call Center, dentro del cual formaba parte de un equipo de nueve trabajadoras que habían sido felicitadas en febrero de 2013 mediante una reunión con la responsable por sus objetivos logrados.

El 1 de marzo de 2013 la trabajadora sufrió un accidente de tráfico cuando se disponía a ir a su puesto, que le provocó un latigazo cervical, iniciando la baja médica y el proceso de incapacidad temporal ese mismo día, y finalizando con alta médica el día 28 de marzo de 2013. Diez días después del accidente, estando en situación de incapacidad temporal, la demandante recibió comunicación escrita de despido disciplinario por disminución efectiva de su rendimiento. Como dato relevante, cuatro de las nueve trabajadoras integradas en el

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 29 de enero de 2001 (Recurso 1566/2000), FJ 2, tercer párrafo.

⁴³ STS de 23 septiembre 2002; STS de 12 julio 2004; STS de 18 diciembre 2007; STS de 22 enero 2008 y STS de 27 enero 2009.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 366/2016 (Sala de lo Social), de 3 de mayo de 2016 (Recurso 3348/2014).

mismo servicio de trabajo, fueron también despedidas el mismo día, estando todas en situación de IT.

En primera instancia, el Juzgado nº 33 de Barcelona estimó la demanda de la trabajadora y declaró la nulidad del despido por concurrir vulneración de los arts. 24.1, 14 y 15 de la CE (indefensión y discriminación en el despido y lesión del derecho a la integridad física). Posteriormente en suplicación, el TSJ de Cataluña desestimó el recurso y declaró la improcedencia del despido⁴⁵.

La sentencia hace un análisis de previos pronunciamientos del TS, indicando que:

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

“No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado,” ya que como dice la sentencia de 29 de enero de 2001, *“la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas”*.

Finalmente, resuelve desestimando el recurso de casación y confirmando la sentencia del TSJ en el cual el despido es calificado de improcedente, argumentando en su FD 3 esencialmente que:

“No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio.

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

⁴⁵ VELASCO PORTERO María Teresa. “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) 366/2016, de 3 de mayo. Improcedencia y no nulidad del despido de un trabajador enfermo: la frontera entre la enfermedad y la discapacidad”. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 4(2), 298–301. Recuperado a partir de <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/15340>.

Por lo que, esa posibilidad que se dejó entreabierto en 2001 de poder considerar en algunas circunstancias a la enfermedad como causa discriminatoria, que por sus características especiales “*resulte apreciable el elemento de segregación*”, no ha sido en ningún caso apreciado por el TS. Tampoco en la línea del derecho a la integridad física del artículo 15 CE⁴⁶ en conexión con el artículo 43 CE de protección a la salud, ya que la infracción de este artículo por el hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal en el momento del despido, sin que concurriese algún indicio del empresario de querer poner en peligro la salud de la persona trabajadora, no es motivo suficiente ni para los TSJ ni para el TS para apreciar la vulneración de derechos fundamentales⁴⁷.

Si bien, encontramos una salvedad a la anterior afirmación, con la **sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011**⁴⁸ en la que tiene lugar una nueva doctrina desarrollada sobre la nulidad de un despido a un trabajador por la conocida empresa de supermercados MERCADONA S.A. al apreciarse vulneración de la integridad física.

Lo realmente decisivo para el tribunal, es la presencia de “*una amenaza de despido para forzar al trabajador a que se incorpore al trabajo*”⁴⁹, que en todo caso se llegó a ejecutar por no producirse la reincorporación al puesto. Entiende que hay una clara vulneración del artículo 15 de la CE en la medida en que implica una lesión a la integridad física del trabajador, además de mencionar que en anteriores pronunciamientos de la Sala, se viene descartando la nulidad por no considerar que la enfermedad sea un motivo discriminatorio en virtud del artículo 14 de la CE si no simplemente un “*interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado*”⁵⁰. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional citada en esta sentencia - en especial, la STC 62/2008⁵¹, que a

⁴⁶ “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*”.

⁴⁷ VELASCO PORTERO Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, p.p. 147-149

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de enero de 2011 (Recurso 1532/2010).

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de enero de 2011, (Recurso 1532/2010), FJ 2.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de enero de 2011, (Recurso 1532/2010), FJ 3, referenciado de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 62/2008, de 26 de mayo de 2008 (Recurso de amparo 3912/2005).

criterio del Tribunal deja abierta la puerta a vincular discriminación y enfermedad-, el TS falla desestimando el recurso interpuesto por la empresa para la unificación de doctrina, al entender que en este caso enjuiciado hay una clara conducta de querer poner en riesgo la salud del trabajador en situación de IT, calificándola como lesiva y apreciando vulneración sobre el derecho a la integridad física del artículo 15 de la CE.

Por último, con referencia a este apartado, es relevante comentar la **sentencia dictada por la Sala de lo Social del TS en fecha 15 de marzo de 2018**⁵². En ella fue resuelto recurso de casación para la unificación de doctrina, dónde el supuesto enjuiciado consistía en el despido de una trabajadora contratada en la modalidad de indefinida y a tiempo completo que inicia un proceso de IT en octubre de 2014 con un diagnóstico de trastorno depresivo grave, recibiendo el alta médica el 12 de octubre de 2015 por agotamiento del plazo máximo de la incapacidad concedida.

El despido surge durante el período en el que la trabajadora se encuentra en situación de IT, alegando la empresa como causa de extinción de la relación laboral la contemplada en el artículo 54.1 e) ET. La trabajadora reacciona ante este despido con la correspondiente impugnación del mismo ante los Juzgados de lo Social de Lugo, dictándose sentencia el 16 de diciembre de 2015 procediendo su nulidad al considerarse equiparada la situación de enfermedad a la de discapacidad en términos discriminatorios. A continuación, es interpuesto recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia dictándose sentencia el 27 de mayo de 2016⁵³ concluyendo que en el supuesto enjuiciado entra en juego la Directiva 2000/78 y su tutela antidiscriminatoria, entendiendo que la enfermedad sufrida por la trabajadora es una situación asimilada a la discapacidad, considerándose el despido como nulo al amparo del artículo 55 ET y confirmando la sentencia de instancia⁵⁴.

El Alto Tribunal en este asunto, una vez admitido el recurso, es consciente del impacto que ha tenido en la jurisprudencia española los pronunciamientos del TJUE y por ello, analiza las distintas sentencias referenciadas en el presente trabajo para comprobar si

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo nº 306/2018 (Sala de lo Social), de 15 de marzo de 2018.

⁵³ JUR\2016\170456.

⁵⁴ MORENO GENÉ Josep. “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum. Estudios de Doctrina Judicial*, nº 7 (4º trimestre 2018), p.p. 196-198.

alguna de ellas puede incidir de alguna manera en el supuesto enjuiciado⁵⁵, además de añadir la mencionada sentencia de fecha 18 de enero de 2018 en el asunto Ruiz Conejero, que viene a reiterar en cierto modo la sentencia dictada en el asunto Ring.

Como broche final al repaso comunitario que fundamenta en la propia sentencia, termina fallando en la línea del TJUE al determinar que *“La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” (...)* por lo que, *“con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora”*⁵⁶.

De esta forma, hemos podido comprobar como el TS desde la reforma de 1994, ha mantenido una doctrina rígida en la cual, la enfermedad, es una contingencia inherente a la condición humana, que no comporta, prácticamente en ningún caso, una nota discriminatoria entorno a un grupo de personas y/o colectivo contra el que se pudiese apreciar una vulneración de derechos fundamentales para poder calificar de nulo los despidos, evidenciando mayores garantías para el empresario frente al trabajador enfermo.

2.2.2. Las novedades introducidas tras la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación. ¿Cambio jurisprudencial?

La publicación de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación⁵⁷ el 13 de julio de 2022, en el Boletín Oficial del Estado ha puesto de

⁵⁵ MORENO GENÉ Josep. “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum. Estudios de Doctrina Judicial*, nº 7 (4º trimestre 2018), p.p. 201-202.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo nº 306/2018, (Sala de lo Social) de 15 de marzo de 2018, FJ 1.

⁵⁷ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

relevancia en el ámbito legislativo la promoción de la igualdad y no discriminación en la sociedad, en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución Española⁵⁸.

Esta normativa, promulgada con el propósito de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de todas las personas, independientemente de su origen, género, orientación sexual, discapacidad, religión o cualquier otra característica personal, establece un marco legal completo y detallado que busca prevenir, sancionar y remediar actos de discriminación en todos los ámbitos de la vida, desde el ámbito laboral hasta el acceso a servicios públicos y la participación en la vida social y política.

En el Preámbulo se analiza de forma cronológica el marco regulatorio existente en materia de derechos de igualdad de trato y no discriminación, señalando que el principio de no discriminación se consagra inicialmente como un principio básico en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Así mismo en el ámbito comunitario, el propio Tratado de la Unión Europea consagra en su artículo 2 “*la no discriminación como uno de los valores comunes de la Unión y la lucha contra la discriminación como uno de los objetivos de la misma*”, en la misma línea sucede con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la sucesivas Directivas europeas que forman un *corpus normativo* de protección frente a la discriminación, destacando entre ellas la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de la que previamente ya hemos hablado.

La justificación de esta ley se motivó especialmente para poder hacer la protección antidiscriminatoria de algo real y efectivo en la práctica social, y que, por ende, no quede meramente recogida en un texto legal sin transcendencia alguna en su aplicación diaria. Aunque como bien menciona el profesor ROJO TORRECILLA, la iniciativa de querer promulgar una ley de estas características data en el año 2011, con una proposición de ley acordada en un Consejo de Ministros celebrado el 27 de mayo de dicho año, que no llegó a debatirse en sede parlamentaria con la consecuente caducidad de la iniciativa⁵⁹.

⁵⁸ ASQUERINO LAMPARERO María José. “La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *TEMAS LABORALES* núm.165/2022, pág. 171.

⁵⁹ ROJO TORRECILLA Eduardo. “Ley Integral para la Igualdad de Trato y La No Discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (Bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de Julio, con especial atención al contenido laboral”, 2022, *EL NUEVO Y CAMBLANTE MUNDO DEL*

La novedad más trascendental que ha traído consigo esta Ley en materia de Derecho del Trabajo, que podemos apreciar incluso en una lectura superficial del texto, la encontramos en su artículo 2.1, el cual señala que *“nadie podrá ser discriminado por razón de (...) enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”*. A pesar de que en su propia Exposición de motivos se indique que la causa de que exista esta discriminación sobre la enfermedad es “por su especial relevancia social”, no es del todo cierto, ya que la causa es la existencia de prejuicios en el ámbito laboral por parte de las empresas sobre aquellas personas que tienen una enfermedad, al considerarlo como un obstáculo para el desarrollo de su trabajo⁶⁰.

En cierto modo hay algo de verdad en esta afirmación, ya que el padecer problemas de salud es una situación que no deja indiferente a nadie, y que de un modo u otro puede llegar a repercutir a las personas trabajadoras en sus tareas encomendadas por la empresa. Precisamente por ello, a raíz de esta Ley 15/2022 y de la incorporación expresa en su articulado del término enfermedad, tras el estado doctrinal, legislativo y jurisprudencial desde la STS de 29 de enero de 2001, debe generarse una situación de cambio en nuestra jurisprudencia, al reconocerse expresamente dicha condición como causa de discriminación, sin tener que exigirse ningún tipo de duración, ni tampoco tener que acudir a la discapacidad.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta ley, hace una clara referencia al despido en los artículos 3.1 a) y en el artículo 9.1 sobre el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena, donde *“no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley”*, entre ellas la enfermedad o condición de salud.

En este contexto, entra en escena la referencia a la nulidad de pleno derecho que tanta controversia ha generado en nuestro panorama nacional -en contra de lo que ha venido

TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>.

⁶⁰ LOUSADA AROCHENA José Fernando. *Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo* (29-12-2022). Visto el 19/12/2023 en: <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>.

sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo⁶¹-, destacando en la propia Ley 15/2022 su artículo 26, el cual expresa que “*Son nulos de pleno derecho 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*”. Además, en virtud del artículo 27 de esta ley, aprecia que en el caso de que una persona sufra discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 artículo 2 tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados. Y añade la norma que, acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral⁶².

Siguiendo este orden de ideas, cabe preguntarse si tras la publicación de esta Ley, y en relación con nuestro supuesto de hecho, ¿es posible calificar de nulo el despido de la trabajadora que se encuentra en situación de incapacidad temporal tras sufrir un accidente de trabajo al no quedar acreditada la causa por parte de la empresa?

Pues bien, tras más de un año desde la publicación de esta Ley, todavía sigue generando controversia en sede judicial y doctrinal esta temática, por lo que procedemos a analizar varios pronunciamientos recientes que están manteniendo algunos órganos en la Jurisdicción Social de nuestro territorio nacional y poder así analizar el impacto de esta norma sobre el despido injustificado de las personas en situación de IT.

En primer lugar, mencionar la **sentencia dictada en el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de fecha 15 de febrero de 2023**⁶³, dónde como Hechos Probados consta que un trabajador fue dado de alta mediante contrato temporal eventual por circunstancias de la producción con la categoría profesional de monitor de actividades recreativas el día 25 de junio de 2022. Sus funciones como patrón de barco era realizar paseos en barco y cursos especialmente en la temporada estival. El día 28 de julio de 2022 el trabajador sufrió un accidente de trabajo que le produjo contusión lumbar y esguince de rodilla, siendo atendido en el servicio de urgencias del Hospital de Motril ese mismo día. El día 29 de julio de 2022 a

⁶¹ CORDERO GORDILLO Vanesa. “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13(1), p.p. 1–27.

⁶² MORENO DOMÍNGUEZ Juan Francisco. “La revitalización de la protección de la denostada doctrina *Daonidi* a raíz de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (2), 2023, pág. 17.

⁶³ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada N° de Recurso: 753/2022 de 15 de febrero de 2023.

las 9:24 horas de la mañana pregunta a un compañero cual es la Mutua correspondiente a la empresa donde trabajaban para poder acudir a consulta, iniciándose el período de baja por IT. A las 9:41 horas del mismo día, la empresa comunica a la TGSS la baja del trabajador, el cual suscribe un documento en concepto de finiquito el 31 de julio de 2022 en el cual se le cesa su contrato temporal y se pone fin a la relación laboral.

El Tribunal tras proceder a realizar un análisis de la situación anterior y posterior a la publicación de la Ley 15/2022, menciona que el artículo 2.1 no hace referencia a la situación de IT de un trabajador, al señalar: *“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”*.

La sentencia en cuestión termina por calificar de nulo el despido y aprecia como indicio discriminatorio la **inmediatez** con la que la empresa procedió a despedir al trabajador (17 minutos), es decir, tuvo un conocimiento claro de su situación de IT. En este sentido también es considerada la inmediatez por la **sentencia dictada en el Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena el 18 de enero de 2023**⁶⁴.

También son interesantes algunos pronunciamientos recientes, en los cuales se declara la nulidad del despido cuando hay un **reconocimiento expreso** por parte de la empresa, de que el despido está motivado por la baja del trabajador. Destacamos la **sentencia del Juzgado nº 1 de Gijón de 15 de noviembre de 2022**⁶⁵ en la cual la empresa tiene conocimiento de que la trabajadora en situación de IT va a ser intervenida quirúrgicamente y por dicho motivo comunica vía WhatsApp a la trabajadora la intención de volver a contratarla cuando finalizase dicha circunstancia. De manera similar, suceden los hechos en la **sentencia de 13 de diciembre de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo**⁶⁶, dónde un trabajador que había sido contratado temporalmente para ejecutar soldaduras en una obra junto a otros cuatro trabajadores más, fue despedido durante su situación de IT por enfermedad común (duración estimada de 15 días). La nulidad se

⁶⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena Nº de Recurso 702/2022 de 18 de enero de 2023.

⁶⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón Nº de Recurso 467/2022 de 15 de noviembre de 2022.

⁶⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo Nº de Recurso 473/2022 de 15 de diciembre de 2022.

fundamentó en base a las pruebas aportadas por el trabajador, dónde en primer lugar su contrato había sido el único extinguido de entre los cinco que formaban parte de la obra, y en segundo lugar se aportó una grabación en la cual el delegado de planta -que afirmó como testigo en el juicio- reconocía que se le había despedido por estar en situación de IT.

Y todavía reticentes a las novedades de la Ley 15/2022, encontramos la **sentencia dictada el 14 de febrero de 2023 por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias**⁶⁷, dónde casualmente el mismo día de entrada en vigor de la norma se efectuó el despido. Aunque en este caso, el Tribunal no entra en profundidad a analizar el cambio de paradigma que puede suscitar la nueva Ley 15/2022, señala que el recurso de suplicación presenta faltas de forma, al no contemplar en su escrito la infracción de los artículos 55.5 del ET y el artículo 108 de la LRJS⁶⁸.

Por lo que finalmente, el Tribunal entiende desestimado el recurso, y considera que la ley *“no ha variado el contenido de aquellos preceptos, ni ha modificado la doctrina establecida por el Tribunal Supremo antes de su publicación, que continúa vigente”*. Además, es notable destacar, la importancia de argumentar correctamente nuestros escritos judiciales, puesto que de ellos dependerá, en gran medida, la interpretación que puedan llegar a hacer los órganos judiciales, así lo reseña en este caso el TSJ de Asturias cuando dice en el FD 3: *“el recurso no alega infracción de jurisprudencia ni menciona tan siquiera una sola sentencia que apoye su pretensión”*.

⁶⁷ Sentencia del TSJ de Asturias, N° de recurso 2626/2022 de 14 de febrero de 2023.

⁶⁸ MORENO DOMÍNGUEZ Juan Francisco. “La revitalización de la protección de la denostada doctrina Daouidi a raíz de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (2), 2023, pág. 20.

3. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD EN LAS DECISIONES EMPRESARIALES: DESPIDOS DISCIPLINARIOS.

3.1. Los supuestos de nulidad objetiva vs. los de nulidad por motivos discriminatorios.

Las causas conocidas como “**nulidad objetiva**” son aquellos supuestos que se encuentran configurados en el artículo 55.5 letra a) b) y c) del ET, es decir, aquellos que por imperio de la Ley exige a la Jurisdicción Social en determinadas situaciones a tener que calificarlas de nulas, siempre y cuando el despido no pudiera ser calificado como procedente. Concretamente, se establece una nulidad reforzada en tres supuestos:

- En los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; durante el disfrute del permiso parental; enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural; incluso cabría cuando el plazo de preaviso del despido finalice en alguna de estas situaciones.
- Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión -letra a)-; el de las personas trabajadoras que hayan solicitado alguno de los permisos del artículo 37 ET, apartados 3.b), 4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, así como el artículo 34.8 ET⁶⁹, o las excedencias recogidas en el artículo 46.3 ET; además el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, hacer efectiva su protección o recibir asistencia social integral.
- Tras la reincorporación a su puesto de trabajo de aquellas personas trabajadoras que vinieran disfrutando del permiso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del hecho que da lugar al permiso.

⁶⁹ Una de las grandes novedades introducidas por el Real Decreto Ley 5/2023, cumpliendo con la transposición de la Directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional, es incluir en la nulidad objetiva el artículo 34.8 del ET, comúnmente conocido como “jornada a la carta”, puesto que antes no gozaba de esta protección en el ámbito de la jurisdicción Social.

En este sentido, la doctrina ha ido perfilando la aplicación de estos supuestos, en especial, la **sentencia del TC 92/2008, de 21 de julio**⁷⁰, fue pionera al establecer una “garantía de indemnidad” reforzada para las trabajadoras embarazadas, recordándonos que *“la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo”. (...)* *“Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (...)* *“conducen a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.”*

En la actualidad, la Sala de lo Social del TS sigue haciéndose eco de la sentencia del TC 92/2008, prueba de ello es el reciente pronunciamiento de **12 de diciembre de 2023**, mediante el cual resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina con la **sentencia nº 1148/2023**⁷¹. En ella transcurren como Antecedentes de Hecho el despido disciplinario por parte de la Real Federación Española de Fútbol a una trabajadora embarazada en base al artículo 54.2 letra e), que tanto en instancia como en suplicación confirman la nulidad del mismo. En su propia fundamentación menciona la STS 942/2017, de 28 de noviembre (Rec. 3657/2015) resumiendo así su propia doctrina, dónde destaca al final del Fundamento de Derecho Tercero punto 3º que el artículo 55.5 a) b) y c) *“es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”*.

Por lo tanto, en esta variedad de supuestos relacionados con la trabajadora embarazada o cualquier permiso y/o excedencias de conciliación que acabamos de contemplar, salvo que se aprecie el despido como procedente, la segunda alternativa sería calificarlo de nulo por medio de esa protección reforzada que les brinda el artículo 55.5 letras a) b) y c).

⁷⁰ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional nº 92/2008, de 21 de julio, de 2008.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1148/2023 (Sala de lo Social) de 12 de diciembre de 2023 (Recurso 5556/2022).

Otra de las modalidades que contempla el artículo 55.5 del ET en su párrafo primero, como bien ha querido referirse la sentencia antes mencionada, es la **nulidad del despido por motivos discriminatorios**, definiéndolo como aquel *“que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora”*. Los factores tradicionales que pueden dar lugar a actos discriminatorios los encontramos recogidos en el artículo 14 de la CE, esto es *“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, configurado como un derecho fundamental.

La principal diferencia de la nulidad por causas de discriminación respecto de la nulidad objetiva es que la primera se rige por el principio de la prueba indiciaria, en el que las personas trabajadoras deben aportar una serie de indicios razonables en los cuales el empresario ha incurrido en la vulneración de un derecho fundamental o en un acto discriminatorio -de entre los mencionados en el propio artículo 14 de la CE-, debiendo servir al órgano judicial para inducirle de que esos hechos han acontecido. Una vez que los indicios han sido verificados por el Juez y decide aplicar el *onus probandi*, el demandado tendrá la facultad de desvirtuar la existencia real de dichos indicios para considerar que el despido es ajeno a cualquier acción discriminatoria, justificándose en base a una serie de causas reales y objetivas.

A efectos de prueba, es interesante mencionar la doctrina constitucional existente en esta materia cuando se alegue vulneración de derechos fundamentales, en concreto, la sentencia del TC 138/2006 de 8 de mayo⁷² en la cual se hace referencia a la “prueba indiciaria” definiéndola como *“la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental, finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria”*⁷³.

3.2. La nulidad por razón de enfermedad como motivo de discriminación. Necesidad de aportar indicios e inversión de la carga de la prueba.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional nº 138/2006, de 8 de mayo de 2006 por la que se resuelve el recurso de amparo núm. 4609-2002. FJ 5.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 138/2006, de 8 de mayo de 2006 por la que se resuelve el recurso de amparo núm. 4609-2002. FJ 5.

Las personas trabajadoras que se encuentren en situación de IT, ya sea por contingencias comunes o profesionales, deben de estar amparadas frente a aquellas acciones llevadas a cabo por los empleadores que de manera directa o indirecta impliquen una **discriminación por razón de enfermedad**.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta, que bajo el nuevo paraguas legal que ofrece la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación, no se ha modificado en absoluto el artículo 55.5 (o 53.5 ET en el caso de despido objetivo) del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, aquellos trabajadores durante la suspensión del contrato por IT y que fuesen despedidos por este motivo, siempre que no resulte acreditada la causa, no les conduce de forma automática a la nulidad objetiva del despido, si no que, la calificación sería por tanto de improcedente.

Para poder apreciarse la nulidad, se debe haber causado un despido discriminatorio o lesivo de alguno de los derechos fundamentales reconocidos al trabajador⁷⁴. Luego, para dar lugar a una situación de discriminación, es esencial, primeramente, que los fundamentos de distinción se sustenten en circunstancias que han sido tradicionalmente empleadas para segregar conjuntos de individuos. Y, en segundo lugar, se requiere que las personas discriminadas, como integrantes de estos conjuntos segregados, presenten necesidades específicas de inclusión tanto en el ámbito laboral como en el social⁷⁵.

Asentado lo anterior, en primer lugar, tomando como base legal a lo expuesto el artículo 105.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, una vez ha sido ratificada la demanda, señala que será el propio demandado, en este caso la empresa, al que le corresponda *“la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo”*. Por lo que, si nos encontramos ante un despido disciplinario en base al artículo 54.2 letra e), como el planteado en nuestro supuesto de hecho, la ley compele al empleador a tener que determinar qué rendimiento es considerado el normal o pactado-acreditar la causa que le ha llevado a realizar ese despido disciplinario-.

⁷⁴ RODRIGUEZ CARDO Iván Antonio. “La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo”, Aranzadi, Navarra, 2017, p.p. 112 y ss.

⁷⁵ CARRILLO LÓPEZ Aurelia. “La calificación del despido durante el periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal: STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017”. *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, ISSN 2386-7191, N°. 14, 2018, p.p. 160-161.

En segundo lugar, en relación a la carga de la prueba, el artículo 96 de la LRJS en aquellos casos de discriminación, señala que: *“cuando se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*. Siguiendo esta línea, las reglas procesales en el proceso de tutela de derechos fundamentales, conecta con la previsión del artículo 181.2 de la LRJS: *“En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”*

En idénticos términos lo prevé el propio artículo 30 de la Ley 15/2022 dónde refleja las reglas relativas a la carga de la prueba, aplicables también al proceso laboral, entendiendo que: *“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.”*

En definitiva, además de tener el demandado el papel de acreditar los hechos plasmados en la carta de despido conforme a la LRJS, si la parte demandante aportase indicios fundados de que se ha producido una discriminación o vulneración de derechos fundamentales, acreditando la conexión existente entre la extinción del contrato y la enfermedad o condición de salud, el Juez se encontraría ante un supuesto -tal y como consta en nuestro ordenamiento laboral- calificable de nulo por motivos discriminatorios de enfermedad.

Aunado a lo anterior, traigo a colación la reciente **sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León el 6 de noviembre de 2023**⁷⁶ dónde se pronunció sobre el caso de una trabajadora que había sido contratada en virtud de un contrato de interinidad por sustitución, en la categoría de vendedora-expendedora en una estación de servicios (gasolinera), iniciando su relación laboral el 15 de julio de 2022. A la semana de comenzar la relación laboral, la trabajadora acude al servicio de urgencias por estado de ansiedad y nerviosismo tras haber

⁷⁶ Sentencia del TSJ de Castilla y León, N° de Recurso 1674/2023 de 6 de noviembre de 2023.

sufrido un atraco en la gasolinera, y, transcurrido un mes desde la consulta, el 28 de agosto de 2022, inicia un período de incapacidad temporal que comunica vía *WhatsApp* a la empresa el mismo día del hecho. A las pocas horas del mensaje enviado, recibe una comunicación de despido mediante burofax por haberse producido la incorporación del trabajador al que sustituía, hecho que, sin embargo, nunca se constató. Nuevamente le fue enviado un burofax a la trabajadora el día 1 de septiembre de 2022 comunicando el despido, pero esta vez se trataba de un despido disciplinario en base al artículo 54.2 d) por transgresión de la buena fe contractual.

La sentencia de instancia estima la improcedencia del despido con efectos desde el 27 de agosto de 2022, fecha en que la trabajadora fue dada de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, TGSS). El recurso de suplicación presentado por la parte demandante, la trabajadora, denuncia como infringidos los artículos 2.1 de la Ley 15/2022 de 12 de julio, en relación con el artículo 14 y el artículo 24 de la CE y el artículo 55.5 del ET.

El propio TSJ de Castilla y León, hace una fundamentación distinta a lo que venían manteniendo el TS y el TC en su doctrina, declarando el despido como nulo y revocando la sentencia de instancia. Además, utiliza a mi juicio una correcta exposición de la novedosa Ley 15/2022 y de las reglas que rigen en cuanto a la carga de la prueba, en concreto expresa lo siguiente:

“Pues bien, no cabe duda de que la citada Ley 15/2022 incorpora la enfermedad como una situación de discriminación, lo cual supone un cambio sustancial en la protección de los trabajadores afectos de una baja por IT, de modo que cabría deducir que toda conducta empresarial que implique una discriminación por razón de la enfermedad determinaría la nulidad de la misma, siempre que se aporten indicios suficientes del mismo.

En concreto, en relación con el despido, si éste se fundamenta en una causa objetiva o disciplinaria podría ser improcedente, aun cuando se encuentre el trabajador de baja médica; pero si no concurre causa alguna y el fundamento del despido es exclusivamente la situación de baja médica del trabajador, en principio debería ser nulo.”

“(…) el simple hecho de despedir a un empleado porque aquel estaba en situación de IT no predica la nulidad automática mencionada, más lo cierto, es que en el caso de autos, el motivo que subyace a todas las comunicaciones giradas por la empresa a la trabajadora, no es sino la situación de la baja laboral (...) y así se demuestra con la propia actuación de la empresa, quien primeramente comunica la extinción de la

relación laboral con la empleada por la reincorporación del trabajador sustituido, el cual nunca se reincorporó (...) de modo, que, intentando subsanar aquella justificación, expide esta vez, una carta de despido disciplinario, por una supuesta actuación fraudulenta durante el mes de agosto, cuando de haber sido este el motivo real del despido, podría haber efectuado directamente la comunicación de la misiva, y no, como realizó, el mismo día que se le comunica la situación de IT, procede unas horas después a comunicar la extinción del contrato de trabajo, con fecha de un día antes, y escudado en una causa falsa.

De este modo la Sala, considera que la causa real del despido es la situación de IT de la trabajadora, quien, habiendo desplegado el indicio de la justificación del despido nulo, sin embargo, la empresa no ha acreditado que aquella extinción se debiera a una causa totalmente ajena a aquella situación.”

Es interesante mencionar en este sentido, **la sentencia del TSJ de Asturias de 21 de noviembre de 2023**⁷⁷ como contraste a la que acabamos de citar del TSJ de Castilla y León, especialmente acerca de la importancia de los indicios que debe aportar, en este caso concreto, un trabajador afectado por un despido objetivo y una aparente vulneración de derechos fundamentales.

El trabajador fue contratado por tiempo indefinido y a jornada completa el día 24 de febrero de 2022, con la categoría profesional de conductor-repartidor. Acude al servicio médico de la Mutua el día 3 de julio de 2022 por dolor brazo derecho al agarrarse al camión en movimiento, iniciándose una IT hasta el 3 de mayo de 2023, fecha en la que se emite el alta médica por parte de la Mutua. No consta acreditada la fecha de inicio de la IT ni tampoco por tanto la duración real de la misma, hecho que será crucial en la argumentación dada por el Tribunal. El despido se produjo el día 19 de julio de 2022 en aplicación del art.52 c) del Estatuto de los Trabajadores por causas técnicas y productivas.

En instancia, el Juzgado de lo Social de Oviedo estima parcialmente la demanda, declarando el despido como improcedente pero no considera que la empleadora hubiese incurrido en una discriminación por razón de enfermedad, al encontrarse el actor en situación de IT cuando se llevó a cabo el despido objetivo. La representación letrada del trabajador recurre en suplicación al amparo de que se revoque la anterior sentencia y se declare nulo el despido junto con un aumento de la indemnización por daño moral.

⁷⁷ Sentencia del TSJ de Asturias, N° de Recurso 1364/2023 de 21 de noviembre de 2023.

El TSJ de Asturias, falla desestimando el recurso presentado por la representación letrada del trabajador, confirmando por tanto la resolución impugnada. En la propia sentencia, destacamos del Fundamento Jurídico Cuarto lo siguiente:

“Por tanto, la parte actora ha de aportar un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, sin que baste la mera alegación. Aunque el móvil ilícito normalmente permanecerá oculto dificultando su apreciación, es exigible a la parte que alega la vulneración un indicio razonable de que la lesión del derecho fundamental se ha producido, descartando meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero y 15 de abril de 1996). Es la apreciación de la suficiencia del indicio lo que da lugar a tan importante efecto jurídico cual es el de invertirla carga de la prueba obligando al empresario a acreditar la bondad de su decisión y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma.

Las fechas entre la asistencia médica y el despido son ciertamente ajustadas, pero ello no alcanza a exceder de una mera sospecha o conjetura -no está acreditado que el actor causase baja antes del despido, su diagnóstico o hechos que ameriten que el conocimiento por la empresa-, de manera que el motivo de censura jurídica difícilmente desautoriza el razonamiento judicial. Impide en definitiva esa inversión de la carga probatoria -que es lo que supone la Ley 15/2022 en este sentido- que no constan en modo alguno circunstancias de la dolencia que pongan de manifiesto que, por su repercusión en el trabajo, era conocida antes del despido por la empresa cuando tampoco consta acreditada la fecha de la incapacidad temporal, de manera que no hay constancia de partes de baja anteriores al despido que pudiese conocer. Y aunque desconozcamos las circunstancias del otro despido coetáneo a que alude la sentencia, es hecho probado que en las mismas fechas en que se despidió al actor por causas organizativas otro trabajador fue despedido.

Los indicios de discriminación que permitirían entrar a decidir sobre la nulidad del despido no solo faltan, pues carecemos de hechos acreditados en este sentido, sino que los que encontramos son precisamente contrarios a dicha apreciación. Lo relevante para el fracaso del recurso es que el relato de instancia no ofrece indicios que avalen el conocimiento de la situación del actor como eventual soporte de la decisión extintiva que la empresa niega, máxime cuando ni siquiera consta acreditado que a la fecha del despido el trabajador se encontrase ya en situación de incapacidad temporal.”

Por tanto, observamos la importancia que tiene la aportación de una serie de indicios que conduzcan al Juez a poder comprobar la existencia de un acto discriminatorio, en este caso del despido durante una baja por IT por razón de enfermedad. A pesar de que la carga de la prueba se puede llegar a invertir -remisión al artículo 30 de la Ley 15/2022- y es el empleador el que debe emitir unas alegaciones con el fin de probar que no ha existido ningún

tipo de discriminación, no se produce, a decir verdad, una traslación de dicha carga probatoria. Como decimos, el propio trabajador no queda exento de aportar previamente una serie de pruebas, denominadas “indicios”, que sean capaces de demostrar la lesión del derecho que le ha sido vulnerado, por lo que simplemente se produce una serie de efectos en las posiciones procesales -artículo 181.2 LRJS- respecto de la carga de la prueba⁷⁸.

La consecuencia directa de la calificación de nulo de un despido en cualquiera de sus modalidades es la readmisión de la persona trabajadora en su puesto de trabajo, manteniendo las condiciones laborales que se establecieron en un inicio en su contrato de trabajo. Además, en el caso de la nulidad, a diferencia de la improcedencia, tiene como efecto “*el abono los salarios dejados de percibir*”, tal y como se desprende del artículo 55.6 del ET, conocido también como **salarios de tramitación**.

Como decimos, estos salarios de tramitación se gestionan de manera diferente si estamos ante una improcedencia, ya que, el empresario tiene dos opciones: readmitir al trabajador en su puesto de trabajo con la obligación de abonarle dichos salarios dejados de percibir, con fecha de efectos desde el despido; o bien, si decide no readmitirle, deberá pagar una cuantía indemnizatoria por el despido improcedente, sin tener que pagar los salarios de tramitación. Las personas trabajadoras se han visto en cierto modo perjudicadas por la reforma laboral operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁷⁹, ya que antes de su entrada en vigor, el abono de salarios de tramitación estaba previsto tanto para la improcedencia -aunque no optase por la readmisión-, como para el despido nulo⁸⁰.

⁷⁸ LÓPEZ HORMEÑÓ María del Carmen. Diario LA LEY, Nº 10288, Sección Tribuna, 17 de Mayo de 2023, LA LEY. Visto el 28/12/2023 en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMzC3Mzc7Wy1KLizPw827DM9NS8kS13MSSktQiWz9HAGO_H9wqAAAAWKE#tDT0000368767_NOTA1

⁷⁹ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. «BOE» núm. 162, de 07/07/2012.

⁸⁰ Los salarios de tramitación tienen en origen un carácter indemnizatorio por lo que aquellos despidos calificados de improcedentes, en los cuales el empleador opte por abonar la indemnización al trabajador, estos dejan de percibir dicho beneficio. LÓPEZ CUMBRE Lourdes. “Salarios de tramitación concurrentes con desempleo: devolución parcial y no íntegra de la prestación”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2016, p.p. 203-204.

Finalmente, como excepción a la regla general, la LRJS prevé en el artículo 286.1, que ocurre ante una imposibilidad de readmisión de la persona trabajadora cuando la empresa acredite el cierre o cese del centro de trabajo, debiendo dictar el juez en ese caso, *“auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281”*. A su vez, el apartado 2 de dicho artículo, también contempla que le correspondería el abono de una indemnización y los salarios de tramitación a aquellas personas trabajadoras que opten por la extinción del contrato de trabajo en virtud de una declaración de nulidad del despido *por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo*.

4. EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LOS SUPUESTOS DE DECISIONES DISCRIMINATORIAS.

La tutela indemnizatoria es uno de los mecanismos que ha ido adquiriendo importancia con el paso del tiempo, teniendo su origen en la Ley orgánica 11/1985 de Libertad Sindical, dónde en su artículo 15 decía que “*si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará (...) la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas (...)*”. Posteriormente fue complementada por la Ley de Procedimiento Laboral 521/1990⁸¹ al incluir de manera más explícita en su artículo 179 al final del párrafo la frase “*incluida la indemnización que procediera*” para aquellas situaciones previas a la declaración de nulidad radical de la conducta que se considerase vulnerada⁸².

Tras la publicación de estas leyes, los órganos y tribunales comenzaron a recoger en sus pronunciamientos una indemnización para el ámbito de las conductas antisindicales y posteriormente para el acoso sexual y moral, terminando por conceder esa cuantía indemnizatoria en todos aquellos casos en los que se había llevado a cabo una conducta antidiscriminatoria o se entendía vulnerado un derecho fundamental en materia de relaciones laborales⁸³.

Actualmente, uno de los aspectos más complejos es sin duda la determinación y cuantificación de la indemnización en aquellos casos en los cuales, se ha producido una discriminación o vulneración de Derechos Fundamentales a la persona trabajadora, a raíz de un despido declarado nulo⁸⁴, habiéndose convertido habitualmente en una de las

⁸¹ Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. «BOE» núm. 105, de 2 de mayo de 1990, páginas 11800 a 11822 (23 págs.)

⁸² LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”. *Revista de Jurisprudencia Laboral - Número 6/2023*, pág. 4.

⁸³ LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”. *Revista de Jurisprudencia Laboral - Número 6/2023*, pág. 4.

⁸⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ Ángel. “La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”. *Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2023, p.p. 11-12.

peticiones adicionadas en las demandas en las cuales se alega discriminación por razón de enfermedad.

Así pues, nos encontramos con un vacío conceptual en el ordenamiento laboral sobre cuáles son los elementos propios de la indemnización, y en base a qué criterios podemos cuantificar el daño causado al trabajador. Concretamente dilucidamos dos principales obstáculos:

- Ausencia de normativa que detalle unas reglas o baremos para el cálculo de una cantidad indemnizatoria acorde con el hecho lesivo.
- Falta de homogeneidad de criterios en el orden social para la concreción de parámetros cuantificadores del daño moral.

Ahora bien, previamente a la fijación de la cuantía indemnizatoria, a priori, ¿qué entendemos a efectos prácticos como ‘daño moral’? Bien, se puede afirmar que la jurisprudencia ha desarrollado (y continúa haciendo) una definición de daño moral, entendido como *“aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad”* (STS, Sala I, 25-6-1984).

Tanto para los profesionales de la abogacía en las demandas presentadas, como para los órganos y tribunales del orden social, la LRJS establece una serie de exigencias sobre la prueba de los daños morales. De acuerdo con su artículo 179, como regla general, *la demanda deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración (...)* así como la cuantía de la indemnización pretendida, conteniendo además una salvedad para la víctima cuando resulte difícil su estimación detallada, debiendo establecer *“las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización suscitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de los perjuicios para el trabajador”*⁸⁵. Por otro lado, el papel del órgano judicial es crucial para aquellos casos en los cuales el daño resulte *difícil y costoso* de probar por parte de la víctima, debiendo “determinarlo prudencialmente” tal y como se recoge en el artículo 183.2 de la LRJS, teniendo como finalidad *“resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la*

⁸⁵ GARCÍA ROMERO Belén. “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”. *Revista de Jurisprudencia Laboral - Número 4/2022*, pág. 5.

medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión” (integridad resarcitoria) y “contribuir a la finalidad de prevenir el daño” (efecto disuasorio).

En este sentido, ante la falta de concreción normativa, el TS en varias de sus sentencias acude con frecuencia al uso de criterios orientadores para la cuantificación de la indemnización por daños morales, entre ellos destaca la necesidad de acudir a *“parámetros prestados del régimen jurídico de otras instituciones que presenten notas configuradoras transpolables al caso”*⁸⁶. El criterio que se emplea con más habitualidad es la utilización de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en lo sucesivo, LISOS)⁸⁷ de entre otros como, la aplicación de las tablas contenidas en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor⁸⁸ (aunque más usado en accidentes de trabajo), una anualidad del salario bruto del afectado (STSJ de Madrid número 5/2016 de 18 enero) o incluso el propio arbitrio del órgano judicial⁸⁹.

En la **sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2022**⁹⁰ en su Fundamento de Derecho Tercero, recoge lo siguiente acerca del uso como criterio orientador de la LISOS:

“Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente”.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 15 de febrero de 2012 (Recurso 67/2011), FD 5.

⁸⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. «BOE» núm. 189, de 08/08/2000.

⁸⁸ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. «BOE» núm. 267, de 05/11/2004.

⁸⁹ GUTIERREZ COLOMINAS David. “La indemnización por daños y perjuicios derivada de la discriminación por razón de género: reflexiones a propósito de la existencia del daño, la cuantificación del daño y la dimensión disuasoria”. IUSLabor 2/2016. *Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, 2016, n.º 2, p.p. 15-16.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo nº 214/2022 (Sala de lo Social), de 9 de marzo de 2022

Tras haber realizado en el epígrafe anterior un repaso por las novedades introducidas por la Ley 15/2022, hemos destacado también su artículo 27, en el cual comienza diciendo su apartado 1 que *“La persona física o jurídica”* incluyendo a *“las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios”* (artículo 27.2) *que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible.*

Se impone así una protección reparadora del daño moral causado, ejemplificada por el artículo 183 LRJS, así como un mayor énfasis en contribuir a un importante efecto disuasorio y preventivo tal y como asienta la doctrina del TS antes mencionada. Si bien, respecto de la Ley 15/2022, en algunos aspectos de su enunciado permite configurar una presunción *iuris tantum* de la producción de un daño moral⁹¹ cuando ha existido un acto de discriminación, concretamente el propio artículo 27.1 al final del párrafo añade que *“Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.”*

Sin embargo, como decimos, la solicitud por parte de la representación legal del trabajador a través de demanda judicial de una indemnización por el daño moral causado a tenor del artículo 183 LRJS y el artículo 27 de la Ley 15/2022, tomando como criterio orientador para la cuantificación de las sanciones la LISOS, en multitud de ocasiones no resulta por sí mismo suficiente. El Tribunal Supremo en la **sentencia de 20 de abril de 2022**⁹² se postula en este sentido en su FD 5:

“(…) la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la Lisos para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS; y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado

⁹¹ ARIAS DOMÍNGUEZ Ángel. “La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”. *Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2023, p.p. 22-23.

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo nº 356/2022 (Sala de lo Social), de 20 de abril de 2022.

de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización.”

Por otro lado, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo⁹³, ha modificado la LISOS en su artículo 16.1 c), incluyendo la salud como causa de discriminación. En cierto modo, con este cambio, quedarían englobados los supuestos de discriminación por razón de enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética a sufrir patologías o trastornos dentro de los principios rectores de la política de empleo, como lo es el principio a la igualdad y no discriminación. Por lo que, actualmente los actos discriminatorios sobre la salud que se lleven a cabo en el ámbito de las relaciones laborales aparecen contemplados como una infracción muy grave, que, además de poder generar la indemnización por discriminación a favor de los trabajadores, podrán ser sancionados conforme se recoge en dicha norma⁹⁴.

⁹³ Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. «BOE» núm. 51, de 01/03/2023.

⁹⁴ AGUILERA IZQUIERDO Raquel. “La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido: Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022”. *Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Madrid, 2023. Primera edición: abril de 2023, pág. 120.

5. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO TRAS LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

Es interesante analizar la compatibilidad existente entre la prestación por incapacidad temporal, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales, respecto de la prestación por desempleo tras la extinción de un contrato de trabajo, independientemente de la causa (despido, fin del contrato temporal...).

En primer lugar, en cuanto a la **incapacidad temporal** la definimos como “aquella situación en la cual, el trabajador se encuentra imposibilitado temporalmente para realizar su trabajo y precisa de asistencia sanitaria de la Seguridad Social”⁹⁵. Es decir, aquellos trabajadores que sufren una alteración en su estado de salud que les impida temporalmente para el ejercicio de su actividad profesional, se les asocia una prestación económica que actúa como ingresos durante el tiempo que dure una situación de accidente o enfermedad⁹⁶.

Según la causa que haya podido originar la IT, será la Seguridad Social (o el INSS) o la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la que se haga cargo del pago de la prestación. Acorde con el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁹⁷ (en lo sucesivo, LGSS), destacamos dos principales tipos de situaciones determinantes que dan lugar a la incapacidad temporal⁹⁸ (artículo 169. 1 LGSS):

⁹⁵ Definición recogida por la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Aula de la Seguridad Social. Incapacidad Temporal. Visto el 02/1/2024 en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad3/PESS303/PESS305>.

⁹⁶ Prestación por incapacidad temporal. IBERLEY. Visto el 02/01/2024 en: <https://www.iberley.es/temas/reconocimiento-y-situaciones-determinantes-incapacidad-temporal-17241>.

⁹⁷ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31/10/2015.

⁹⁸ La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, con efectos desde el 1 de junio de 2023, incluyó en el artículo 169. 1 letra a) segundo párrafo de la LGSS como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la ‘menstruación incapacitante secundaria’ en el caso de las mujeres, además de la interrupción del embarazo -voluntaria o no- mientras reciba asistencia sanitaria y esté impedida para el trabajo.

a) Las debidas a **enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo**, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

b) Los **períodos de observación por enfermedad profesional** en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

Junto a esta exigencia de profesionalidad, se une desde un punto de vista de la relación laboral, qué tipo de tratamiento sufre la situación de IT -dada su naturaleza temporal- siendo esta, la suspensión del contrato de trabajo junto con la obligación legal de cotización⁹⁹. Esto implica para el trabajador, que una vez finalizado el período de IT debe reincorporarse a su puesto de trabajo en los mismos términos que tenía antes de su condición de incapacitado temporal¹⁰⁰.

En cuanto a los beneficiarios de dicha prestación, el artículo 172 de la LGSS reconoce que lo serán aquellos trabajadores afiliados a la Seguridad Social y en situación de “alta” laboral que se encuentren en cualquiera de los supuestos mencionados en el artículo 169 de la LGSS que acabamos de comentar, con la diferencia de que:

- En el caso de enfermedad común, deben tener cubierto un período de cotización de 180 días dentro de los 5 años anteriores al hecho causante (la fecha de la baja).
- En el caso de accidente -sea o no laboral- o enfermedad profesional no se exige periodo previo de cotización.

En segundo lugar, tenemos la **prestación por desempleo**, definida como aquella situación en la cual “quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan el empleo de forma temporal o definitiva, o vean reducida, al menos en una tercera parte, su jornada laboral, con

⁹⁹ Artículo 144.4 de la LGSS: “La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa (...)” y Artículo 144.6 de la LGSS “La obligación de cotizar por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales existirá, aunque la empresa, con infracción de lo dispuesto en esta ley, no tuviera establecida la protección de su personal (...)”.

¹⁰⁰. BARCELÓN COBEDO Susana. “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 66, 2002, p.p. 210-211.

la correspondiente pérdida o reducción de salarios por alguna de las causas establecidas como situaciones legales de desempleo”¹⁰¹.

Las personas amparadas por la prestación de desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, se encuentran enumeradas en el artículo 264 de la LGSS. Así mismo, el artículo 267 de la LGSS describe aquellas situaciones legales en las cuales un trabajador puede encontrarse en desempleo, entre ellas, cuando se extinga su relación laboral “por despido” (art. 267.1 letra a) punto 3º).

Podemos decir a grandes rasgos, que los beneficiarios de la prestación por desempleo deben reunir una serie de condiciones que podemos encontrar entre los artículos 262 y 269 de la LGSS, destacando principalmente lo siguiente:

- Estar en situación de alta y en situación legal de desempleo (inscripción como demandante de empleo, plazo de quince días para su solicitud, si se da alguno de los supuestos del art. 267 LGSS).
- Tener doce meses cotizados dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo.
- No haber cumplido la edad de jubilación.
- No estar afectado por incompatibilidad.

Una vez asentada la definición y características de ambas prestaciones, procedemos a comentar si es compatible el cobro de ambas de forma simultánea, o en el caso de que solo sea posible el cobro de una de ellas, en qué términos ocurre.

La respuesta nos la da el artículo 283.1 de la LGSS bajo el título de “Prestación por desempleo e incapacidad temporal”, haciendo una clara distinción dependiendo de si el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales:

*“Cuando el trabajador se encuentre en situación de **incapacidad temporal derivada de contingencias comunes** y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por*

¹⁰¹ Definición recogida por la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Aula de la Seguridad Social. Prestación por desempleo. Visto el 02/1/2024 en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad3/PESS303/PESS316>.

alguna de las causas previstas en el artículo 267.1 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el artículo 265.1.a) 2.º, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente como consumido, incluso cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y sin solución de continuidad se pase a una situación de incapacidad permanente o jubilación, o se produzca el fallecimiento del trabajador que dé derecho a prestaciones de muerte y supervivencia.

*Cuando el trabajador se encuentre en situación de **incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales** y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1, y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato, o el subsidio por desempleo.”*

Pues bien, antes de analizar en profundidad el contenido de dicho artículo, es interesante reseñar como se encontraban regulados años atrás las posibles conexiones o situaciones de tránsito entre la prestación por incapacidad temporal y desempleo.

Antes de la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (Ley de Acompañamiento) que modificó el que era el artículo 222 de la LGSS de 20 de junio de 1994, estaba previsto que el trabajador, una vez finalizada la incapacidad temporal mediante la correspondiente alta médica, iniciase la prestación por desempleo. Así quedaba establecido el artículo 222 LGSS antes de la reforma:

“cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad laboral transitoria y durante ella se extinga su contrato, por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad laboral transitoria hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios la correspondiente prestación. En

este caso no se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad laboral transitoria”.

Apreciamos en este caso, como la norma laboral caracterizaba de incompatibles ambas prestaciones, una vez que se extinguía el contrato de trabajo. Como consecuencia directa, se imponía la eliminación de la obligación empresarial de seguir cotizando por dicho concepto, manteniendo a su vez el beneficiario la situación de incapacitado al mismo tiempo que recibía la prestación económica y la asistencia sanitaria¹⁰².

La situación de tránsito entre la prestación por incapacidad temporal y la prestación por desempleo cambia con las modificaciones introducidas por la Ley 24/2001 al comentado artículo 222.1 de la LGSS, abriendo paso a una compatibilidad entre ambas prestaciones con una superposición de situaciones protegidas más acorde con la regulación actual. El nuevo tratamiento dispensado para ambas prestaciones quedaba configurado de manera que el trabajador en situación de IT que viese extinguido su contrato de trabajo, continuaría percibiendo la prestación por incapacidad temporal, sin embargo, la diferencia viene marcada en la cuantía, puesto que está se calculaba en base a la correspondiente en situación de desempleo sin incapacidad temporal (esto es, la relativa a los ciento ochenta días anteriores a la fecha de extinción del contrato de trabajo).

De igual modo, otra de las novedades introducidas por la reforma fue que, *a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo*, durante el tiempo que el trabajador hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal, *se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido*, siendo el INEM el encargado de abonar las cotizaciones sociales durante el período de descuento¹⁰³. Por consiguiente, cuando el beneficiario agotase la situación de IT, si reunía los requisitos exigidos legalmente, pasaría a encontrarse en situación de desempleo, durante el tiempo que le quedase de disfrute, una vez descontado el período de IT tras la extinción del contrato. Sin duda, la reforma tuvo un

¹⁰² BARCELÓN COBEDO Susana. “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 66, 2002, p.p. 211-212.

¹⁰³ BARCELÓN COBEDO Susana. “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, N° 66, 2002, p.p. 213-214.

carácter restrictivo, puesto que estamos ante un supuesto de superposición de prestaciones, en la cual el ‘factor descuento’, perjudicó en cierto modo a los beneficiarios en materia de protección por desempleo.

Dentro de este marco, no es hasta la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social¹⁰⁴ cuando se modifica el apartado 1 del artículo 222 LGSS, incluyendo el supuesto por el cual el trabajador se encuentra en situación de IT derivada de *contingencias profesionales*, puesto que nada se decía al respecto en la redacción anterior, permaneciendo en los mismos términos hasta la actualidad en el párrafo 3º del artículo 283.1 de la vigente LGSS.

La compatibilidad entre las dos prestaciones para el caso en el que el trabajador se encuentra en situación de IT por contingencias profesionales, siempre ha mantenido que tras la extinción contractual, el beneficiario de la prestación por incapacidad temporal la continuase percibiendo en cuantía igual a la que tuviera reconocida; y, una vez extinguida dicha situación, iniciase la situación legal de desempleo -siempre y cuando reuniese los requisitos exigidos-, esta vez, sin descuento del período de IT tras la extinción del contrato.

Es conveniente poner en conexión lo analizado hasta ahora en este apartado, con la calificación de nulo de un despido surgido durante la situación de IT de un trabajador que ha sido impugnado en vía judicial.

El período tras la extinción de un contrato de trabajo por despido mediante el cual un trabajador en situación de IT percibe una prestación por esta situación con una cuantía calculada sobre las bases de cotización del desempleo, puede ser relativamente prolongado hasta que el Juzgado logra pronunciarse sobre el litigio. Si la sentencia dictada declarase nulo el despido -o improcedente con la opción de readmisión-, ya hemos indicado con anterioridad que la consecuencia inmediata es la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, y el abono de los salarios de tramitación dejados de percibir tras el despido (artículo 55.6 ET), pero ¿qué ocurre con la prestación cobrada por el trabajador por incapacidad/desempleo si el despido se declarase finalmente nulo?

¹⁰⁴ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. «BOE» núm. 291, de 05/12/2007.

La Ley General de la Seguridad Social en su artículo 268.5 lo dedica a aquellos supuestos de despido o extinción del contrato de trabajo cuando haya recaído resolución de estos procedimientos. En concreto en la letra d) se dispone que:

“Cuando se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme, (...) las cantidades percibidas por este en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador.

En tal caso, la entidad gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.”

Por lo tanto, si antes de que se produzca la sentencia de nulidad, el trabajador accedió a cobrar la prestación por desempleo tras el despido, este no tendrá que devolver las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo, si no que, será la propia empresa la que deberá abonar esas cantidades al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), además de abonar al trabajador la diferencia que hubiese con el salario que debió percibir.

En este sentido, se estará a lo dispuesto en el artículo 295.1 de la LGSS en materia de reintegro de prestaciones, así como, para el caso de que el trabajador haya percibido una cantidad superior de prestación por desempleo respecto de su salario, pudiendo la entidad gestora competente reclamarle la diferencia cobrada.

Respecto al período de cotización del trabajador durante la situación de IT/desempleo tras la extinción del contrato de trabajo, cuando estamos ante el supuesto del artículo 268. 5 letra b), en el apartado 6 de dicho artículo obliga al empresario a *“instar el alta en la Seguridad Social”* del trabajador *“con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos”*.

Es interesante en este punto, comentar la sentencia de 4 de abril de 2023 del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona/Iruña¹⁰⁵, en la cual, además de calificar de nulo el despido sin causa de un trabajador por apreciarse una discriminación por razón de enfermedad, se

¹⁰⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona/Iruña nº 132/2023, Rec. 738/2022 de 4 de abril de 2023. Base de datos Uva: LEFEBVRE, Mementos Francis Lefebvre.

condena a la empresa a abonar al trabajador una indemnización por daños y perjuicios que se desglosa de la siguiente manera (FD SEGUNDO punto 3.):

- Indemnización por daño moral, tomando como criterio orientador la LISOS art. 8.12.
- Indemnización en concepto de complemento de subsidio por IT que ha dejado de percibir el trabajador desde la fecha de efectos del despido.

En este caso, respecto de la segunda indemnización estimada, el trabajador tenía una mejora en su Convenio Colectivo aplicable que preveía completar al 100% el salario y pagas extra en aquellos supuestos de baja médica. El Juzgado admitió la indemnización reclamada por la representación letrada del trabajador, puesto que la decisión extintiva de su contrato laboral fue injustificada y a su vez, impidió al trabajador percibir el complemento de mejora en situación de IT sobre la prestación de la Seguridad Social que venía recogido en su convenio colectivo¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Es una práctica habitual por parte de las empresas incluir en sus Convenios Colectivos una “Ayuda de incapacidad temporal” para complementar desde el primer día la prestación de la Seguridad Social. Por reseñar algún caso, la conocida empresa española MERCADONA S.A. lo tiene incluido en su artículo 27 del Convenio Colectivo n.º n.º 90100183012014.

V. DICTAMEN JURÍDICO: SOLUCIÓN A LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

Doña María, acude a nuestro despacho solicitando asesoramiento jurídico con relación a su despido, el cual había acontecido durante el período de IT tras haber sufrido un accidente de trabajo hace escasos días. Una vez conocidos los hechos planteados en nuestro supuesto, como profesional de la abogacía especializada en materia laboral, es importante de primeras recabar una serie de documentación con el fin de poder construir una buena defensa para nuestra cliente. Entre ellos, toman relevancia para el caso: la carta de despido, los partes de bajas y altas que haya tenido Doña María a lo largo de su historial laboral y posibles comunicaciones que hubiese tenido con la empresa próximas a la fecha de despido. Por tanto, ante la posibilidad de que su despido no sea conforme a derecho, desea estar informada sobre si es viable impugnarlo en vía judicial y qué consecuencias podría tener al respecto.

A) **¿CÓMO SE CALIFICARÍA LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL AL ENCONTRARSE EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL AL MOMENTO DEL DESPIDO?**

La primera cuestión que nos plantea -cuál sería la calificación de su despido al encontrarse en situación de incapacidad temporal al momento del despido- nos lleva en primer lugar a analizar la carta de despido entregada a la trabajadora, ya que esta, debe de cumplir con una serie de formalidades y requisitos. Como bien recoge la sentencia del TSJ Madrid de 1 de diciembre de 2016, la jurisprudencia tiene establecida la concurrencia de los siguientes requisitos:

- *que la causa se encuentre debidamente especificada;*
- *que no suponga abuso de derecho por el empresario;*
- *que el rendimiento establecido sea razonable;*
- *que la disminución del rendimiento se constate a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, reiteración y continuidad en la conducta;*
- *que no existan razones ajenas a la voluntad del trabajador en la disminución y;*

- que la retribución sea proporcionada y adecuada al rendimiento exigido.

Premisas que al parecer no acontecen en el supuesto planteado, donde la empresa únicamente hace una mera referencia a los preceptos infringidos tanto del Convenio Colectivo aplicable como del Estatuto de los Trabajadores.

En esta ocasión el despido se basa en un incumplimiento contractual del artículo 54.2 letra e) del ET. Es causa totalmente ajena a la voluntad de los trabajadores el padecimiento de una enfermedad o dolencia que pudiese influir en su rendimiento laboral, y que por ende manifieste un descenso de productividad en comparación a como era su nivel de rendimiento antes de padecerla. Esto nos lleva a replantearnos que el despido disciplinario efectuado con causa recogida en el artículo 54.2 e) del ET no cumple, en nuestro supuesto de hecho, con la tipicidad de “disminución ... voluntaria”, ni se determina de una manera detallada las causas de esa supuesta disminución con datos objetivos.

Una vez, comprobado que el despido no cumple con las formalidades exigidas en el artículo 55.1 del ET para el despido disciplinario, ni tampoco a lo que viene estableciendo la jurisprudencia actual, se aprecia desde un punto de vista como profesional de la abogacía en materia laboral, al menos, una improcedencia del despido.

Ahora bien, ¿podría apreciarse la nulidad? Pues bien, como hemos analizado a lo largo del dictamen, se ha suscitado gran controversia tras la publicación de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ya que ha tenido una clara incidencia en el ámbito de las relaciones laborales con la incorporación expresa como causa de discriminación por motivos de salud: la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (art. 2.1).

Puesto que no se ha modificado el artículo 55.5 del ET tras la entrada en vigor de esta Ley 15/2022, implica por tanto la inalterabilidad de las causas legales de nulidad ya previstas en dicho precepto, aquellas que tengan 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.

La consideración específica y concreta de la enfermedad y estado de salud del trabajador/a como factor posible de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, ha de valorarse de manera que se diferencie del de discapacidad, frente a la tradicional postura que venía estableciendo la doctrina del Alto Tribunal, en conexión con la jurisprudencia comunitaria como pionera (asunto *Daouidi* entre otros pronunciamientos del TJUE).

En el plano procesal y en materia probatoria, la Ley 15/2022 conecta con la articulación prevista en la LRJS para la vulneración de derechos fundamentales. En consecuencia, si queremos invocar la enfermedad como causa discriminatoria prohibida en la ley, debemos presentar, como parte actora del proceso, un panorama indiciario que vincule la enfermedad de nuestra clienta con la decisión de despido tomada por el empleador.

Así, los indicios que han de tenerse en cuenta para la defensa son:

En primer lugar, la trabajadora desde el inicio de la relación laboral ha sufrido varios períodos de baja, dentro de los cuales nunca ha superado la franja de entre cinco y diez días, es decir, ciclos de corta duración. Tras el accidente sufrido en el mes de octubre del año 2023, el diagnóstico que presenta es grave, con un pronóstico de incapacidad temporal y de recuperación largo, como bien le indican los médicos, ya que precisará de intervención quirúrgica. Esto, antes tomaba especial relevancia antes de la Ley 15/2022, puesto que la jurisprudencia del TS había establecido que para que pudiese asimilarse la enfermedad a la discapacidad, debía concurrir una incapacidad temporal de “larga evolución”.

En segundo lugar, es relevante poner de manifiesto el contenido de la comunicación entre la trabajadora y el Administrador Único de la empresa RESTAURANTE GARCÍA S.L, dónde tras interesarse por el estado de salud de Doña María, esta le pone en conocimiento que el diagnóstico médico no es positivo, puesto que el período de incapacidad temporal será largo, como decíamos antes. Esto supone para la empresa, que esta trabajadora no va a poder continuar realizando su actividad profesional por un tiempo prolongado e indeterminado, que, al parecer, le podría suponer un gran coste a la empresa, y por ello recurre al despido disciplinario o también denominado “despido exprés”.

En tercer lugar, observamos que la trabajadora inicia el proceso de incapacidad temporal el día 03/10/2023 y la carta de despido le es entregada el 07/10/2023, apreciándose un claro indicio de inmediatez entre ambos sucesos, tras haber conocido la empresa la baja de la trabajadora y la correspondiente previsión de larga duración.

Por lo tanto, si aplicamos jurídicamente las armas legales vigentes a nuestra disposición para la defensa de nuestro supuesto de hecho, cabría apreciar una nulidad del despido por motivos discriminatorios de enfermedad previsto en la Ley 15/2022, en conexión con el artículo 14 de nuestra Carta Magna; y bajo mi criterio, en menor probabilidad apreciaría una improcedencia, siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a las pruebas que pudiese aportar la empresa demandada.

B) ¿TIENE DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA POR DAÑO MORAL?

A continuación, Doña María se pregunta -si tiene derecho a una indemnización por daño moral- tras la extinción de su contrato.

Pues bien, la indemnización por daño moral, como hemos hecho reflejo en el dictamen, irá en su mayoría de veces ligada a una vulneración de derechos fundamentales o a un acto discriminatorio. En el caso que nos ocupa, la Ley 15/2022 tiene previsto en el artículo 27, la fijación de una indemnización para restituir a la víctima a la situación anterior al acto lesivo, además de presumir la existencia de daño moral cuando exista discriminación. En paralelo, también la propia LRJS en su artículo 183 contempla como condición indispensable ante la sentencia dictada por el juzgador, un pronunciamiento sobre la cuantía de la indemnización y las correspondientes pautas de valoración.

Por ende, si el Juez apreciase la nulidad del despido en aquellos supuestos en los que acontezcan decisiones empresariales discriminatorias, conllevará una indemnización para el trabajador por haberle causado un daño moral. El monto de la indemnización por este concepto tiene una variabilidad importante, ya que actualmente no tenemos una normativa que detalle las reglas a aplicar para la cuantificación de los daños producidos, ya sea por lesión de derechos fundamentales o actuaciones discriminatorias.

Lo que viene ocurriendo actualmente en los pronunciamientos judiciales en la jurisdicción social sobre la cuantificación de la indemnización por daños morales, es que, como decimos, es una práctica habitual tomar como criterio orientador la LISOS. Dicho criterio, que ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio), es considerado idóneo y razonable (STS de 8 de julio de 2014 (rec 282/13), debiendo ser corregido o suprimido únicamente cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable.

Por lo que será el propio órgano judicial de instancia el que deba de fijar prudencialmente el *quantum* indemnizatorio, sin olvidarnos de que inicialmente, los propios profesionales de la abogacía deberán dejar reflejado en sus demandas la cuantía de la indemnización pretendida (art. 179.3 LRJS), salvo que resulte difícil su estimación.

En este caso, utilizando como criterio orientador la LISOS y atendiendo al supuesto de hecho planteado, se deben tener en cuenta circunstancias tales como:

- La antigüedad de Doña María en la empresa (15 años), y su salario (2.250,24 euros brutos/mes).
- El contexto en el que se haya podido producir el acto discriminatorio (Tras haber sufrido un accidente laboral, en apenas cinco días la trabajadora recibe mediante burofax el despido, sabiendo que la empresa tenía conocimiento de la gravedad del diagnóstico médico).
- Las consecuencias que pueda tener dicho despido en la situación personal o social de la trabajadora (Perder tu empleo ante un despido sin motivo alguno más que tu situación de IT a los 56 años de edad puede afectar de manera psicológica a Doña María, ya que llevaba mucho tiempo prestando sus servicios para esa empresa).
- La intensidad del quebrantamiento del derecho (Imponer la máxima sanción prevista en el ordenamiento laboral a Doña María, recurriendo a un tipo de despido 'barato' para las empresas, como lo es el despido disciplinario, sin argumentar las causas por las que se considera que ha podido disminuir su rendimiento de trabajo, ataca directamente al derecho fundamental de no discriminación por 'enfermedad' o 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social' -art. 14 CE- de la trabajadora).

En síntesis, considero que, según lo expuesto, se ha cometido una infracción muy grave por parte de la empresa prevista en el artículo 8.12 de la LISOS, y de acuerdo con el marco de las sanciones por infracciones muy graves del artículo 40 de la LISOS, cuantifico la indemnización por daños y perjuicios -que iría reflejada en la demanda- en 35.000 euros (algo más de una anualidad de su salario), que se situaría en la franja media de las referidas sanciones.

C) ¿TIENE LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR LA PRESTACIÓN DE DESEMPLEO AL HABER SIDO DESPEDIDA EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL?

Doña María, al momento del despido, se encontraba en situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales al haber sufrido un accidente de trabajo. La duda que nos presenta sobre -si tiene derecho a cobrar la prestación por desempleo, debe

resolverse afirmativamente. Sin embargo, debemos hacer una matización al respecto sobre cuándo podrá iniciar la prestación por desempleo.

En primer lugar, al encontrarse doña María en situación de IT por contingencias profesionales, deberá continuar en dicha situación hasta que recupere la capacidad y reciba el alta médica en virtud de lo establecido en el artículo 283.1 de la LGSS, percibiendo durante ese tiempo la cuantía igual a la que tuviese reconocida en concepto de prestación por incapacidad temporal.

En segundo lugar, al momento del despido, Doña María tiene una antigüedad en la empresa de 15 años por lo que se le ha generado la prestación máxima por desempleo, esto es, 720 días, con arreglo a la escala detallada en el artículo 269 de la LGSS. Por lo tanto, podrá iniciar el cobro de la prestación por desempleo, sólo cuando finalice el período de incapacidad temporal sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la prestación por desempleo, el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato, al haber sido la contingencia de tipo profesional.

D) ¿TIENE QUE RESTITUIR LA CORRESPONDIENTE PRESTACIÓN DE DESEMPLEO SI SE DECLARA NULO EL DESPIDO?

En el supuesto de que Doña María, tras recibir el alta médica y finalizar el período de IT, comenzase a percibir la prestación por desempleo, y, pasado un tiempo, el Juzgado de lo Social competente, dictase sentencia declarando la nulidad del despido (o la improcedencia con la opción de readmisión), con abono de los salarios de trámite -que coincidirían temporalmente con la prestación de desempleo percibida- la cantidad de dinero que ha percibido por el desempleo, no lo tendrá que devolver.

Sin embargo, dicha prestación se entenderá cobrada indebidamente por causa ajena a la trabajadora (por coincidir temporalmente con los salarios de trámite posteriormente reconocidos), trasladando al empresario la tarea de compensar al SEPE dicha cuantía, de manera que:

- La empresa a Doña María le debería de abonar los salarios de trámite dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia, y cotizar a la Seguridad Social por dichos períodos el alta de la trabajadora.

- La empresa deberá ingresar al SEPE la cuantía que ha cobrado Doña María en concepto de desempleo y los restará de los salarios que no ha percibido y que le debe abonar. Solo en el caso de que la cuantía de desempleo fuese superior a los salarios de tramitación, será la trabajadora la encargada de saldar las cuentas (la diferencia) con el SEPE.

VI. VALORACIÓN FINAL Y OPINIÓN PERSONAL

La elección de este tema para la realización del dictamen de mi Trabajo de Fin de Máster surgió a raíz de ver un caso similar en el despacho de abogados dónde realicé mis prácticas curriculares.

La publicación de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación, despertó un gran revuelo en redes sociales con titulares como por ejemplo “nulidad del despido por enfermedad tras la Ley 15/2022”. Si bien, aunque en cierto modo tras el origen de esta norma se contempla como causa discriminatoria la enfermedad o condición de salud de una manera más expresa, sigue sin comportar una nulidad objetiva como ocurre en el caso de una trabajadora embarazada, tal y como hemos ido reseñando a lo largo del dictamen.

Tras estos acontecimientos, como alumna del Máster de Acceso a la Abogacía, a través de este dictamen he tratado de dar una visión un tanto más clara sobre la calificación de los despidos acontecidos en aquellas personas trabajadoras que padezcan una enfermedad y se encuentren en situación de IT.

No hay duda de que, actualmente, el despido de un trabajador por el mero hecho de estar enfermo no es una justa causa de despido, sin embargo, esto no estaba previsto en nuestro ordenamiento jurídico como un motivo expreso de discriminación que pudiese comportar la nulidad automática, ni tampoco era apreciado por la doctrina nacional la posibilidad de calificarlo de nulo en virtud de una lesión de derechos fundamentales o la ejecución de un acto discriminatorio.

En esta línea, no son pocas las críticas recibidas entorno a esta nueva ley ordinaria y su interés en modificar el artículo 14 CE ampliando su listado de razones discriminatorias, pero bien es cierto que en la propia Exposición de motivos de la Ley 15/2022 la define como una ley de garantías que *“no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen”*. Por lo tanto, la cláusula de cierre del propio artículo 14 CE en la que se indica que la discriminación prohibida puede tener su origen en *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, actualmente, englobaría a la “enfermedad” o “condición de salud” como causa de discriminación, superando así la dicotomía conceptual existente y pudiendo llegar a apreciarse incluso una condición personal inherente a las propias personas trabajadoras.

Por lo tanto, el despido por tener el trabajador una enfermedad es también oportuno considerarlo como un supuesto de discriminación directa, en los términos que recoge el art. 6.1.a) de la ley, entendida como “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”.

No obstante, ante la teoría expuesta, lo más importante y a lo que nos debemos ceñir como profesionales de la abogacía que lleven la defensa de un despido en estas circunstancias, será la aportación de una serie de indicios que puedan llevar al órgano judicial a apreciar una vulneración de derechos fundamentales o una discriminación por razón de enfermedad. Entre los indicios más destacados tras el análisis jurisprudencial realizado, encontramos:

- Que la empresa haya podido tener conocimiento del estado de salud de la persona trabajadora, puesto que, en la actualidad, el uso de aplicaciones de mensajería como ‘WhatsApp’ o el envío de emails, es comúnmente utilizado entre los ciudadanos, pudiendo utilizarse dichas comunicaciones como pruebas indiciarias de discriminación.
- En el caso de que se haya efectuado un despido objetivo, intentar averiguar si se han despedido a más trabajadores, o únicamente a aquel que se encontraba en situación de IT.
- Acreditar qué día se inicia la situación de IT y qué duración es la estimada en el parte de baja, todo ello relacionado con la fecha del despido y su posible proximidad en el tiempo.

Además, en materia indemnizatoria, la ampliación de causas de discriminación, a mi juicio, debería haber tenido un reflejo en la LISOS dados los límites que, como hemos señalado, impone el principio de tipicidad al derecho sancionador.

En definitiva, habrá que esperar a que la Sala 4ª del Tribunal Supremo se pronuncie sobre si dicha Ley 15/2022 va a suponer un cambio jurisprudencial respecto a la doctrina tradicional, por cuanto en este momento no existe pronunciamiento alguno al respecto.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA DE REFERENCIA.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO Raquel. “La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido: Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022”. Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado Madrid, 2023. Primera edición: abril de 2023.

AGUSTÍ MARAGALL Joan. “El caso Daouidi: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la “limitación duradera” como situación de discapacidad”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº6, 2017, Editorial Wolters Kluwe,

ARIAS DOMÍNGUEZ Ángel. “La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”. Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2023

ASQUERINO LAMPARERO María José. “La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *TEMAS LABORALES* núm.165/2022.

BARCELÓN COBEDO Susana. “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, Nº 66, 2002.

CARRILLO LÓPEZ Aurelia. “La calificación del despido durante el periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal: STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017”. *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, ISSN 2386-7191, Nº. 14, 2018.

CORDERO GORDILLO Vanesa. “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13(1), 2023.

GARCÍA ROMERO Belén. “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”. *Revista de Jurisprudencia Laboral* - Número 4/2022

GORDO GONZÁLEZ Luis. “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo.” *Revista Labos, Vol. 4, Número extraordinario ‘Tormenta de reformas’, 2023.*

GUTIERREZ COLOMINAS David. “La indemnización por daños y perjuicios derivada de la discriminación por razón de género: reflexiones a propósito de la existencia del daño, la cuantificación del daño y la dimensión disuasoria”. *IUSLabor 2/2016. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, 2016, n.º 2.*

LASO PÉREZ Javier. “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HK Danmark”. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA (Enero-Junio 2013) INTERNACIONAL PÚBLICO. *Revista Ars Iuris Salmanticensis, vol. 1.*

LÓPEZ CUMBRE Lourdes. “Salarios de tramitación concurrentes con desempleo: devolución parcial y no íntegra de la prestación”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, 2016, p.p. 203-204.*

LOUSADA AROCHENA José Fernando. *Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo (29-12-2022)*. Visto el 19/12/2023 en: <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”. *Revista de Jurisprudencia Laboral - Número 6/2023*. Pág. 4. Memento práctico Francis Lefebvre Social. Aproximación a la Legislación Social. Versión online. Base de datos Uva.

MORENO DOMÍNGUEZ Juan Francisco. “La revitalización de la protección de la denostada doctrina Daouidi a raíz de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social, Revista de Derechos Sociales, 13 (2), 2023.*

MORENO GENÉ Josep. “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo: STS de 15 de marzo de 2018”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum. Estudios de Doctrina Judicial, nº 7 (4º trimestre 2018).*

RODRIGUEZ CARDO Iván Antonio. “La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo”, Aranzadi, Navarra, 2017.

ROJO TORRECILLA Eduardo. Ley Integral para la Igualdad de Trato y La No Discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (Bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de Julio, con especial atención al contenido laboral., 2022, *EL NUEVO Y CAMBLANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES*, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>.

VELASCO PORTERO María Teresa. “Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) 366/2016, de 3 de mayo. Improcedencia y no nulidad del despido de un trabajador enfermo: la frontera entre la enfermedad y la discapacidad”. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 4(2). Recuperado a partir de <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/15340>.

VELASCO PORTERO Teresa. “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.

WEBGRAFÍA

Diario LA LEY, N° 10288, Sección Tribuna, 17 de mayo de 2023, LA LEY. Visto el 28/12/2023 en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMzC3Mzc7WY1KLizPw827DM9NS8kIS13MSSktQiWz9HAGO_H9wqAAAawKE#tDT0000368767_NOTA1

Prestación por incapacidad temporal. IBERLEY. Visto el 02/01/2024 en: <https://www.iberley.es/temas/reconocimiento-y-situaciones-determinantes-incapacidad-temporal-17241>

Web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Aula de la Seguridad Social. Incapacidad Temporal. Visto el 02/1/2024 en: <https://www.segsocial.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad3/PESS303/PESS305>.

JURISPRUDENCIA DE REFERENCIA

STJCE de 11 de julio de 2006

STJUE de 11 de abril de 2013

STJUE de 1 de diciembre de 2016

STJUE de 18 de enero 2018

STC de 8 de mayo de 2006

STC de 26 de mayo de 2008

STC de 21 de julio de 2008

STS de 29 de enero de 2001

STS de 23 septiembre 2002

STS de 12 julio 2004

STS de 18 diciembre 2007

STS de 22 enero 2008

STS de 27 enero 2009

STS de 31 de enero de 2011

STS de 15 de febrero de 2012

STS de 3 de mayo de 2016

STS de 15 de marzo de 2018

STS de 9 de marzo de 2022

STS de 19 de abril de 2022

STS de 20 de abril de 2022

STS de 12 de diciembre de 2023

STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2016

STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2018

STSJ de Canarias de 8 de febrero de 2019

STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2023

STSJ de Castilla y León de 6 de noviembre de 2023

STSJ de Asturias de 21 de noviembre de 2023

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón de 15 de noviembre de 2022

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo de 15 de diciembre de 2022

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena de 18 de enero de 2023

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada de 15 de febrero de 2023

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona de 4 de abril de 2023