

Juan Manuel Ruiz Castanedo

ABOGADO



JUAN MANUEL RUIZ

ABOGADOS

C/ San Fernando 6 Entlo. Dcha.

CP. 39010 Santander, Cantabria

Tel. 942 55 20 19

ruizcastanedo@jmruizabogados.com

ruizcastanedo@hotmail.com

**CALIFICACIÓN DESPIDO NULO POR CANCER DE ÚTERO.
INCREMENTO DE LA PROTECCIÓN EN CASO DE ENFERMEDAD O LESIÓN
GRAVE EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA
PERSONA.**

Comentario a la Sentencia del
TSJ Cantabria, nº 45/2019, de 18-01-2019.

Actualmente existe un gran debate sobre los despidos en situación de baja por Incapacidad Temporal, que deriva en **causa de violación de derechos fundamentales**, y su influencia en enfermedades propias de la mujer y por tanto de género, debate centrado entre los conceptos de discapacidad y enfermedad. La sentencia nº 45/2019 de fecha de 18 de enero del 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria razona jurídicamente dicha violación y aclara y aplica fácticamente estos conceptos.

Nos encontramos ante un supuesto de hecho de una trabajadora que prestaba servicios como camarera, y que después de diagnosticarle carcinoma epidermoide infiltrante (cáncer de útero), con un periodo de baja temporal previsto de 68 días, y previo aviso a la empresa, fue despedida por el empresario, concretamente por *"no sostener la baja, en temporada alta y con pocas trabajadoras"*.

Según la carta de despido estamos ante un despido disciplinario de la empresa, despido declarado por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Santander, como Improcedente, y posteriormente el TSJ de Cantabria declaró el **despido como NULO por violación de los derechos fundamentales ante una enfermedad grave propia de su condición de mujer**, lo que deriva en discriminación de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad física o a la protección de la salud en su condición de mujer y por tanto de género.

Históricamente, la creencia de que el despido en estado de baja médica debería ser nulo, fue una realidad por medio de la aplicación del E.T. de 1980 durante los primeros 15 años de vigencia, el art. 55.6, de aquella época mencionaba *"el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente aprecia su procedencia"*. Por tanto, en aquella época, el despido en situación de incapacidad temporal (I.T.) como causa de suspensión del contrato de trabajo, legalmente podía ser únicamente procedente o nulo. Criterio que tuvo aplicación en numerosa jurisprudencia, entre las que se puede citar STS de 20-11-1986 o de 24-10-1989, en las que declaró el despido nulo de los trabajadores cuyo contrato quedó extinguido estando suspendido siempre y cuando resultaran NO ACREDITADAS las causas que motivaron la extinción del contrato laboral.

***EVOLUCION HISTÓRICA Y EL CONTEXTO ECONÓMICO-JURÍDICO EN QUE SE DICTA LA SENTENCIA.**

La evolución de la legislación laboral a partir el Estatuto de los Trabajadores de 1980, se orienta hacia una reducción de derechos de los trabajadores, a través fundamentalmente de las Leyes 10 y 11 de 1994, junto con la reforma del E.T. y la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 y que han tenido indudable influencia en el actual Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Tal reforma llevó a la desaparición en el E.T. el punto 6º del Art. 55, y por tanto el **DESPIDO EN SITUACIÓN DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO (I.T.) DEJÓ DE SER NULO**. En sustitución del ese criterio, apareció el nuevo Art. 55.5º, que en su redacción actual, y a los efectos que aquí interesa, refiere: "5º. **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". La esencia de este criterio se plasma de forma clara en la sentencia TS de fecha 29-01-2001, la cual refiere *"...con independencia del despido asociado a la maternidad y paternidad y a los derechos asociados a esas situaciones(reducción de jornada, embarazo, lactancia, excedencia...)...la nulidad del despido solamente podrá ser declarada por violación de los derechos fundamentales"*. Por tanto, en esta nueva situación jurídica, el despido en situación de Incapacidad Temporal puede ser nulo en tanto en cuanto pueda afectar a los derechos fundamentales del trabajador en base al citado art. 55.5 del nuevo E.T.

Es digno de hacer mención, ante la dificultad de los supuestos de hecho en estos casos, pero sobre todo desde la perspectiva de la doctrina del Tribunal Supremo, respecto de los despidos improcedentes que ha venido rechazando, de

forma sistemática, las prestaciones de nulidad y manteniendo que la extinción del contrato de trabajo en situación de I.T., no conlleva "per se" una afectación a los derechos fundamentales de las personas y la consecuencia del cese," **si no existiera causa**, sería su **improcedencia**, pero no su nulidad.

Al efecto debemos indicar que hasta el momento actual el Tribunal Supremo ha venido entendiendo sistemáticamente que *"la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo de la actora no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE , aunque pudiera serlo en otras circunstancias en la que resulte apreciable el elemento de segregación"* (STS 29.1.01 , 13.2.02 , 12.7.04 , 18.12.07 , 22.9.08 , 27.1.09), elemento de segregación que -por cierto- no ha sido apreciado en ninguna de las múltiples sentencias que ha dictado (incluso cuando sí lo habían apreciado las STJS de Cataluña de 12.6.06 y 7.9.06, revocadas por las STS de 11.12.07 y 18.12.07) y **que enmarca el sentido y concepto de persona como medio de uso**. Esta doctrina se ha extendido también al Tribunal Supremo en relación a las situaciones en las que, como en el presente caso, de incapacidad temporal (I.T.), y así se recoge en la STS 12.7.12, al afirmar, previo recordatorio de la doctrina referida al despido "por causa de enfermedad", en cuanto refiere *"no parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en enfermedades, (en este caso cancerígena), y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal"*.

Y al mismo tiempo, debemos indicar, que en relación con el Tribunal Constitucional, no ha corregido, hasta el momento, la citada doctrina del Tribunal Supremo, sino que -bien que "obiter dicta"-, al tratarse de una situación singular (un trabajador despedido en situación de incapacidad temporal) parece haberla validado plenamente en su sentencia STC 62/08, al razonar *"que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibida por el art. 14 CE "*. Para así concluir -al final de su fundamentación jurídica- *"que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria"*.

Desde el precitado criterio, el juzgador de instancia, en sentencia nº 290/18 de fecha 24-09-2018, dictada en los autos objeto de análisis, y previa remisión a la STS de fecha 22-11-2007, se basa en el siguiente caso comparativo *"un trabajador que sufrió varias bajas durante su relación laboral y que fue despedido en la última de ellas, aduciendo la finalización de la contrata, pero constando acreditado que tal afirmación no se ajustaba a la realidad y que tras el despido del accionante, la empresa había contratado a otro trabajador para sustituirle, habiéndose apreciado que el motivo real del cese habían sido las bajas médicas del trabajador, que hacían que su pretensión de trabajo no sea rentable para la empresa, y pese a ello, nuestra decisión proclama la inexistencia de discriminación alguna, por razón e enfermedad y la inaplicabilidad de la garantía prevista en el art.4.2.c del E.T. (no ser discriminado o razón de sexo..)".* Y añade *"Porque no consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a la minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los periodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador"* (STS 29-01-01). Es decir, rechazó que *"la enfermedad motivadora de la I.T. pudiera suponer una discriminación a los efectos de la aplicación del art. 14 de la CE, considerando que la enfermedad, valorado estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considera rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio"*.

La sentencia del TSJ Cantabria, objeto de comentario, permite conocer, por una parte, la actuación por parte empresarial que demuestra, una escasa responsabilidad social, que va de la mano con una no precisamente buena estrategia a la hora de tomar la decisión de despedir, por vía disciplinaria, a la trabajadora. Y por otra, es la parte que jurídicamente tiene más relevancia y que por ello ha sido más publicitada, la consideración por parte del TSJ de estar ante un despido discriminatorio por discapacidad, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*asuntos C-13/05, Chacón Navas; C-335/11 y C-337/11, Ring; C-345/15, Daouidi; y, C-270/16, Ruiz Conejero*), y por tanto **nulo**, en cuanto que la baja de la trabajadora era de larga duración y sin fecha concreta de finalización; además, de añadirse otro dato de suma importancia, como es **la enfermedad de cáncer de útero enfocada desde una perspectiva de género**, por ser el factor determinante de la baja, (carcinoma epidermoide infiltrante), es decir, "una patología netamente femenina".

Pero es en atención a la **Directiva 89/391/CEE**, la sentencia comentada del TSJ Cantabria, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, basa su decisión en relación con el **Art. 6.1** que, *" En el marco de sus responsabilidades, el empresario*

adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios".

Y al mismo tiempo, se remite al **art. 26 de la Carta Social Europea**, bajo el título "Derecho a la dignidad en el trabajo", dispone que "*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de todos los trabajadores a la protección de su dignidad en el trabajo, las Partes se comprometen previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores; 2. a promover la sensibilización, la información y la prevención por lo que respecta a actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas".*

La STS de 18-12-07, analiza la posible nulidad del despido, primero bajo la protección de un derecho genérico como es la salud, reconocido en el art. 43.1 de la CE, que si bien no es un derecho fundamental (como señala la Sala 4^a), y segundo bajo un derecho fundamental como es la integridad física y moral, reconocido en el art. 15 de la CE. Pero ambas cuestiones planteadas son rechazadas por el Alto Tribunal, considerando que la enfermedad, sin cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad del trabajo afectado y ello impide considerar su protección desde el prisma de un derecho fundamental, a diferencia de lo que sería la discapacidad que es un situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente la condiciones de vida de la persona discapacitada.

Y precisamente, esta cuestión de diferenciación de los conceptos de enfermedad y discapacidad, es lo que pudo motivar al TJCE dictar la sentencia de 11-07-2006 (*asunto Chacón Navas*), y ello a solicitud de una consulta del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, que analizaba la diferencia de los conceptos de enfermedad y discapacidad y lo complementa con que el concepto de discapacidad, se fundamenta en los casos en los que la participación en la vida profesional se ve interrumpida por un largo periodo, para el caso del despido exclusivamente a causa de una enfermedad que no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78.

Pero tal doctrina, diferenciando el principio y la prospección de la discriminación, la Sala del TSJ Cantabria, sigue el criterio reiteradamente

expuesto por el TC (SSTC128/1987, de 16 de julio; 207/1987, de 22 diciembre; 145/1991 de 1 de julio; 342/06, de 11 de diciembre y 3/2007, de 15 de enero, entre otras), según cita la propia sentencia que se viene comentando.

Lo que nos ha de llevar a preguntarnos por el sentido y valoración de la sentencia objeto de este comentario.

***SENTIDO Y VALORACION DE LA SENTENCIA COMENTADA.**

El motivo del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que reconocía la improcedencia del despido, instando su nulidad, se fundaba en factores discriminatorios, art. 14, 15 y 43 CE, en base a la propia gravedad y duración de la enfermedad que afectaba a la condición de mujer desde una perspectiva de género. Por tanto, el despido será nulo cuando la situación de incapacidad temporal conlleve una discriminación por discapacidad. Por tanto, es importante que este tipo de sentencias sirvan para abrir un debate sereno y riguroso sobre la **ausencia de causa** en los casos de despidos improcedentes en situación de incapacidad temporal, y **con especial protección en el caso de enfermedades graves con una previsión de larga duración para la recuperación total**.

En un breve análisis a las referencias a la doctrina del TC 62/2007, de 27 de marzo, y la del STS 160/2007, de 2 de julio, que refiere "*...el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en derecho a la integridad personal...*". Y su correspondencia con la STC de 31-01-2011, "*...la presión bajo amenaza de despido para que abandone el tratamiento médico...*". Ya que en relación con la STJE de 11-04-13, refiere la sentencia comentada "*... el concepto de **discapacidad** debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o 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...*".

La sentencia comentada nos remite al art. 2 , apart, 2, letra b) inciso i) de la Directiva 200078/CE del Consejo 27-11-2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación debe interpretarse en el sentido de que "*se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a la falta de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de se trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y*

no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente".

Y por tanto podemos convenir que la sentencia comentada:

1º. Es clarificadora respecto de las diferentes posturas interpretativas de los despidos en situaciones de I.T. calificados generalmente como improcedentes, normalmente sin causa que los justifique, sin entrar a conocer sobre los fundamentos y circunstancias de las enfermedades o de discapacidad, en su caso.

2º. Se basa en las normas laborales, las constitucionales, las de la OIT junto con las Europeas Art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78 y el art. 6 de la Carta Social Europea, y de forma esquemática, nos va indicado que:

2.1º. El concepto del despido de un trabajador por razón de su discapacidad, que es una cuestión distinta al despido por razón de enfermedad, pues el marco jurídico es distinto, *y matiza" la prohibición de discriminación, las personas con discapacidad como grupo vulnerable han sido y son objeto de discriminación y de trato desigual. Por esa razón la discapacidad como motivo específico de discriminación puede apreciarse en diversos instrumentos internacionales y supranacionales..."*.

2.2º. En cuanto a los preceptos invocados de nuestra Constitución nos remite la sentencia, como no puede ser menos, a los derechos fundamentales sobre la prohibición de discriminación del art. 14 CE, al derecho a la integridad física del art. 15 CE, y al principio rector de protección a la salud del art. 43 CE, en correspondencia con la jurisprudencia de los TJUE.

2.3º. Y es valiente en el reconociendo el despido nulo, siguiendo la doctrina del TJUE, en base a los indicios que objetivan una situación de despido en incapacidad temporal, entendido como improcedente en instancia, y con unos indicios que permite servir de guía para analizar el riesgo del despido en la citada situación, que puede ser declarado nulo, como puede ser: la duración de la enfermedad, que ya el TJUE, establece que ha de ser duradera; que tal situación conlleva una discriminación por discapacidad; la referencia a la duración ha de ser valorada en el momento de la extinción del contrato; el concepto de duración puede extenderse a la duración real acreditada en el momento del cese, y además también a la duración estimada del proceso de enfermedad en dicho momento inicial; junto a la reversibilidad de la enfermedad. Criterios que han servido para encuadrar a la trabajadora en una situación discapacidad a tenor del padecimiento

de cáncer de útero, que ocasiona una limitación duradera; enfermedad que es una patología netamente femenina lo que determina su enjuiciamiento desde una respectiva de género y , para ello nos remite a la abundante doctrina del STC 87/2004, de 10 de mayo; 138/2006, de 8 de mayo y 74/2008, de 23 de julio; Y STS de 5-07-2013; y 7 de julio de 2015, entre otras.

2.4º. Por todo lo expuesto, se puede deducir que un despido sin causa objetiva que lo justifique, y que además viole los derechos fundamentales de los trabajadores, **debe declararse discriminatorio y por ende nulo.**

***A MODO DE CONCLUSIÓN**

El análisis de la sentencia plantea una situación de baja por incapacidad temporal, nos lleva a preguntarnos si el hecho del despido declarado nulo es extensible o aplicable a un trabajador (masculino o femenino) en esta situación de incapacidad, con una enfermedad grave y sin causa justificada o justificable, se podría aplicar el criterio de la nulidad en un caso de despido con semejantes circunstancias.

A criterio de este letrado, sí debería ser aplicable el mismo criterio de nulidad debido a la violación de los derechos fundamentales, en cuanto el factor enfermedad sea estimado como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada.

Estamos ante una sentencia pionera en España, digna de alabanza, en cuanto **supone el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en general, y de las mujeres, en particular, ante un despido en situación de incapacidad temporal como causa de discriminación por razón de discapacidad.**

Fdo: Letrado **D. Juan Manuel Ruiz Castanedo**