

*Revista Internacional y Comparada de*

---

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)  
Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Comité de Redacción*

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# El despido derivado de la incapacidad temporal del trabajador: estudio comparado entre España e Italia\*

Silvia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ\*\*  
José SÁNCHEZ PÉREZ\*\*\*

---

**RESUMEN:** En un contexto de crisis económica como el actual cada vez son más frecuentes los despidos de los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal (en adelante IT) a causa del padecimiento de enfermedades, en muchos casos, crónicas. Esto está motivado por el interés del empresario en obtener el mayor rendimiento posible, interés totalmente legítimo pero que en ocasiones puede colisionar con los derechos del trabajador. En estos casos se produce un conflicto entre dos intereses legítimos que será necesario resolver para decidir cuál prevalece. Será necesario analizar si el derecho del trabajador a la conservación de su puesto de trabajo prevalece sobre la posibilidad de despedirlo por ineptitud sobrevenida, morbilidad excesiva o imposibilidad de la prestación mientras se encuentra en situación de IT. El estudio comparado entre España e Italia aporta elementos decisivos a esta investigación puesto que la cuestión ha sido tratada de manera diferente.

*Palabras clave:* Despido, incapacidad temporal, derecho a la salud, rendimiento.

**SUMARIO:** 1. La incapacidad temporal como causa de despido: claves de un debate inacabado. 2. El derecho a la conservación del puesto de trabajo durante la situación de incapacidad temporal y el derecho a la salud. 3. El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal y su adecuada calificación. 4. Reflexiones en relación a un modelo susceptible de cambio. 5. Bibliografía.

---

\* El presente artículo es fruto de una colaboración que se desarrolló durante la estancia de investigación que el profesor José Sánchez Pérez realizó en el mes de julio de 2016 en la sede de ADAPT en Bérgamo. Ello fue posible debido a que los intereses de investigación del profesor están relacionados con el tema de la tesis Doctoral de la doctoranda de la Universidad de Bérgamo Silvia Fernández Martínez y, de ahí la posibilidad de realizar este estudio en perspectiva comparada.

\*\* Doctoranda Escuela de Doctorado en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo, Universidad de Bérgamo – ADAPT (Italia).

\*\*\* Profesor Ayudante Doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España).

## Dismissal after taking sick leave: A Comparison between Spain and Italy

---

**ABSTRACT:** In the current economic crisis, dismissing workers on sick leave – especially those with a chronic disease – is becoming an increasingly widespread practice. The reason for this arises out of the employer’s legitimate interest to safeguard business productivity, which at times might clash with workers’ rights. These conflicting interests should be settled in order to decide which right should be given priority. It will be necessary to assess whether employees’ right to keep their job should prevail over the possibility to dismiss them for their supervening inability to carry out the tasks assigned, excessive morbidity or unfitness for work when on sick leave. Accordingly, the present comparative study intends to investigate the main elements used to examine this issue, especially considering that this aspect has been dealt with differently in the two countries surveyed.

*Key Words:* Dismissal, sickness absence, right to health, performance.

## 1. La incapacidad temporal como causa de despido: claves de un debate inacabado

La IT es una institución que por una parte faculta al trabajador para suspender la obligación de llevar a cabo las obligaciones de su contrato de trabajo y, simultáneamente, lleva aparejada, de modo automático, la protección característica de las prestaciones de Seguridad Social que vienen a sustituir al salario que por tal motivo deja de percibirse.

En el supuesto que se describe existe un conflicto que históricamente ha dado lugar a situaciones controvertidas y cambiantes. Como puede apreciarse, cuando un trabajador está en situación de IT son varios los intereses en juego<sup>1</sup>, y todos ellos contrapuestos, por lo que será necesario encontrar un equilibrio entre el interés del trabajador en conservar su puesto de trabajo y el del empresario en la obtención del máximo rendimiento posible, así como, en última instancia, el de la Seguridad Social, en la reducción de la elevada parte del presupuesto que invierte en este tipo de prestaciones.

El interés del empresario en alcanzar el mayor rendimiento posible le lleva con frecuencia a prescindir del trabajador en situación de IT procediendo a su despido. Este supuesto constituye, en palabras de la doctrina que ha tratado el tema, una zona gris puesto que, a pesar del derecho del empresario a obtener la prestación de trabajo y a extinguir el contrato de trabajo cuando concurre alguna de las causas previstas en el ET, la función tuitiva del Derecho del Trabajo lleva a plantearse si dicha decisión empresarial no estaría vulnerando los derechos del trabajador, como lo son el derecho a la salud y a la integridad física, así como el derecho a no ser discriminados o incluso la garantía de indemnidad<sup>2</sup>.

Con carácter previo al análisis del despido del trabajador en situación de IT se ha de examinar la concurrencia de una situación anticipada de suspensión del contrato de trabajo. En tales casos, habrá que analizar cuál es el derecho que prevalece, si el del trabajador a conservar su puesto de trabajo a pesar de la enfermedad que justifica su situación o, por el contrario, el del empresario a despedirlo y dotarse de empleados con mejores condiciones de salud. En este contexto, sería deseable la optimización, tanto de la gestión de la prestación por IT como del absentismo laboral, en la medida en que ello reportaría beneficios para los sujetos implicados: tanto para el trabajador realmente imposibilitado para

---

<sup>1</sup> Toledo Oms, A., *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, 2009.

<sup>2</sup> *Ídem., op. cit.*

trabajar, como para la empresa que mejoraría su competitividad, así como la propia Administración del Estado y Entidades Gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social que podrían garantizar prestaciones a los trabajadores que realmente lo necesiten<sup>3</sup>.

La cuestión que se plantea ha sido tradicionalmente objeto de estudio desde la óptica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Recientemente, en el desarrollo de ese debate ha entrado en juego el TJUE quién se ha encargado de dar una definición de discapacidad, circunstancia que puede influir en los derechos que le corresponden al trabajador despedido mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal. De ahí la importancia de realizar un análisis comparado de las distintas respuestas a la cuestión que ofrecen dos ordenamientos jurídicos tales como el español y el italiano que presentan, en general, grandes similitudes. Además, a pesar de ser un tema de estudio tradicional es de gran actualidad hoy en día, especialmente si se tiene en consideración la crisis de los sistemas de Seguridad Social asociada al envejecimiento de la población y al incremento de los costes que ello supondrá. Por estos motivos, resulta interesante analizar la evolución jurisprudencial que se ha producido en ambos países así como la propuesta de regulación normativa que ha tenido lugar en Italia para analizar su viabilidad como posible solución al problema del despido del trabajador que se encuentra en situación de IT.

### **1.1. La incapacidad temporal y su incidencia en la estabilidad en el empleo**

Respecto de la situación de IT uno de los parámetros que mejor mide su incidencia sobre el rendimiento en el trabajo se encuentra en el fenómeno del absentismo<sup>4</sup>. El número medio de procesos de IT iniciados en España

---

<sup>3</sup> Paredes Rodríguez, J. M.; Doctor Sánchez-Migallón, R., *La gestión y el control de la incapacidad temporal*, Aranzadi Social, 2006

<sup>4</sup> V Informe Adecco sobre Absentismo en España, de 15 de junio de 2016. Disponible en la URL: [http://www.adecco.es/\\_data/NotasPrensa/pdf/777.pdf](http://www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/777.pdf) La tasa de absentismo se define como el porcentaje de las horas no trabajadas (sin contar vacaciones, festivos ni horas perdidas debido a ERTES) respecto a la jornada pactada efectiva. En España la tasa de absentismo hasta la aparición de la crisis económica de 2008 sufrió un aumento progresivo desde el 3,7% (año 2000) hasta el 4,9% (año 2007) en una tendencia que se prolongó durante seis años y que, finalmente, ha cambiado de sentido a partir del año 2015, situándose en valores medios previos a la crisis (4,7%). De forma significativa los procesos de incapacidad temporal contabilizados en España en el año 2015 se concretan en 3.934.380, según una estadística que ha incrementado los datos

ha experimentado un incremento progresivo en los últimos años, de modo que si bien la duración media de dichos procesos se ha reducido ligeramente en el año 2016, el coste de los mismos mantiene cifras considerablemente elevadas<sup>5</sup>.

Una situación similar existe en Italia donde los datos disponibles relativos al año 2011 nos muestran cómo el número total de procesos de IT también es muy elevado. Sin embargo, existen diferencias entre el sector público y el sector privado, siendo mayor el número de procesos de IT iniciados en el sector privado, así como también es mayor la duración media de los mismos<sup>6</sup>. Respecto al número de horas de trabajo perdidas a causa de las ausencias al trabajo, los datos indican que en el 2012 la cifra ha descendido respecto a los datos relativos al año anterior aunque dicho porcentaje varía en función del sector productivo<sup>7</sup>.

Los gastos que representan para los Estados los procesos de IT son extraordinariamente elevados y pueden llegar a ser incluso superiores al gasto producido en prestaciones por desempleo<sup>8</sup>. Ahí puede encontrarse la explicación del desmedido y contradictorio afán del legislador por encontrar una fórmula milagrosa que permita controlar o limitar el gasto ingente que se produce en esta faceta.

En España, en el contexto actual el modelo de IT muestra una naturaleza cambiante, casi camaleónica, sometida a cambios casi permanentes<sup>9</sup> que ha buscado la reordenación de los mecanismos de control con la intención

---

del año precedente nada menos que en un 10,23%.

<sup>5</sup> En cuanto a estadísticas sobre duración media de los procesos de IT puede consultarse la URL del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social: [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/Est/Otras\\_Prestaciones\\_de\\_la\\_Seguridad\\_Social/Incapacidad\\_Temporal/IncapacidadTemporal2016/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Incapacidad_Temporal/IncapacidadTemporal2016/index.htm)

<sup>6</sup> Cfr. Rapporto sulla Coesione Sociale, 2012, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Sistema Statistico Nazionale, p. 37. El número total de procesos de IT asciende a 8.950.567 en el sector privado y a 3.891.355 en el sector público, mientras que la duración total de dichos procesos es de 79.488.274 y 25.687.211 respectivamente. Esto significa que la duración media de cada proceso de IT es de 9 días en el sector privado y de 7 en el sector público.

<sup>7</sup> Indagine Confindustria sul mercato del lavoro - Anno 2012, Centro Studi Confindustria, agosto 2013. El número de horas perdidas alcanzaba en 2012 las 113, un 6,6% menos respecto al año precedente, lo que representa una tasa de absentismo en torno al 7% del total de horas trabajadas.

<sup>8</sup> AA.VV., *Sickness, Disability and Work. Keeping on track in the economic downturn*, OCDE Background Paper, París, 2009.

<sup>9</sup> Sánchez Pérez, J., “El papel de las Mutuas ante la inminente reforma del modelo de incapacidad temporal”, en AA.VV., *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2013, p. 337.

de conseguir un objetivo económico traducido siempre en la reducción y control del gasto.

Además de los gastos que la IT representa para el sistema de Seguridad Social, también comporta costes directos para las empresas traducidos en diversas variables. Por una parte, da lugar al pago de las prestaciones económicas durante el periodo en que se prolongue. De otra, la empresa ha de afrontar la pérdida traducida en los costes de producción dejados de generar por el trabajador, así como, eventualmente, los costes derivados de la eventual sustitución del mismo. En cualquier caso, quien más sufre las consecuencias de la pérdida de salud del trabajador es el propio trabajador, no ya sólo por lo que ello implica directamente, sino por la reducción de ingresos que se producen en un contexto de incremento de la situación de necesidad, así como el mayor riesgo a ser despedido.

## **2. El derecho a la conservación del puesto de trabajo durante la situación de incapacidad temporal y el derecho a la salud**

El derecho del trabajador a la conservación del puesto de trabajo mientras se encuentra ausente en razón de su enfermedad se configura como una excepción al régimen general del Derecho de Obligaciones y ha sido considerado históricamente como uno de los supuestos en los que el tratamiento dispensado en el ámbito de las relaciones laborales se ha empezado a diferenciar del Derecho General de Obligaciones<sup>10</sup>. En estos supuestos, y durante el periodo de tiempo en el que tiene que tolerarlo, el riesgo temporal de la enfermedad del trabajador se transfiere al empresario *ex lege*<sup>11</sup>, pues el padecimiento de una enfermedad se considera una situación merecedora de una tutela particular por parte del Derecho del Trabajo. La introducción de dicha excepción se justifica por la necesidad de establecer un justo equilibrio entre las partes del contrato de trabajo. Sin embargo, el problema surgirá a la hora de determinar hasta qué momento está justificado que opere dicha excepción, es decir, durante cuánto tiempo se debe garantizar la conservación del puesto de trabajo al trabajador en incapacidad temporal, a pesar del impacto negativo que ello implica en el desarrollo de la actividad empresarial. Pues bien, resulta difícil ofrecer una solución uniforme a esta cuestión pues habrá que

---

<sup>10</sup> Voza, R., *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 248, 2015, (de próxima publicación en “Raccolta di scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo”), p. 1.

<sup>11</sup> Tatarelli, M., *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padua, 2002, p. 5.

atender al caso concreto puesto que, en ocasiones, una ausencia breve puede provocar un daño irreparable al empresario, mientras que en otras ocasiones este podrá soportar perfectamente el hecho de que el trabajador esté temporalmente incapacitado por un periodo prolongado de tiempo sin que esto le ocasione perjuicios relevantes<sup>12</sup>.

En España el derecho a la suspensión del puesto de trabajo cuando el trabajador se encuentra en situación de IT del art. 45.1.c) ET. En tal caso, la conservación del puesto de trabajo ha sido considerada por la doctrina como la garantía más importante, cuando no la única, que el Estatuto de los Trabajadores ofrece para tutelar al trabajador enfermo<sup>13</sup>. Se trata de un derecho vinculado a la normativa de Seguridad Social y cuya operatividad está condicionada a la iniciación de un proceso de IT y a la duración del mismo: el derecho a la conservación del puesto de trabajo durará tanto como dure el proceso de IT, hasta que se alcance su límite máximo.

Este derecho no implica que el despido del trabajador esté prohibido en todo caso sino que podrá producirse en los supuestos en que concurren incumplimientos producidos con carácter previo a la suspensión de la relación laboral. Fuera de este supuesto, la decisión extintiva también se ha mostrado legitimada si está vinculada, por ejemplo, a actitudes que dificulten o impidan la curación o la vuelta al trabajo, que comprometan el deber de no incurrir en una situación de concurrencia desleal así como la obligación positiva de colaboración con la empresa. En el caso descrito, puesto que durante la situación de IT quedan en suspenso tanto la obligación de llevar a cabo la prestación de servicios como la de remunerar el trabajo pactado, no concurre la extinción del vínculo jurídico por lo que siguen vigentes el resto de derechos y deberes que derivan de la relación laboral tales como el deber de buena fe y los derechos fundamentales del trabajador<sup>14</sup>.

Por su parte, en Italia, el derecho a la conservación del puesto de trabajo durante el denominado “periodo di comporta”<sup>15</sup> deriva de la prohibición,

---

<sup>12</sup> Del Valle Villar, J. M. y Sagardoy y Bengoechea, J.A., *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador. Estudio del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores a la luz del Convenio 158 de la OIT*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1988, p. 23.

<sup>13</sup> Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n. 157, 2013, p. 138.

<sup>14</sup> Carrizosa Prieto, E., “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 96, 2008, p. 272.

<sup>15</sup> La expresión “periodo di comporta” hace referencia al periodo de tiempo máximo durante el cual el trabajador tiene derecho a la conservación de su puesto de trabajo.

que el art. 2110 del Código Civil Italiano (en adelante CCI)<sup>16</sup> impone al empresario de extinguir el contrato de trabajo durante este periodo de tiempo. Sin embargo, al igual que ocurre en España, el derecho a la conservación del puesto de trabajo no implica que el despido esté prohibido en todo caso, sino que podrá ponerse fin a la relación contractual en caso de que concurra una justa causa<sup>17</sup>.

El art. 2110 CCI tiene el objetivo de compatibilizar los intereses contrapuestos en juego: el del empresario dirigido a tener en la empresa a trabajadores que efectivamente responden a sus expectativas en términos de rendimiento, y el del trabajador a disponer de un tiempo para recuperar su salud sin perder su trabajo ni los medios para mantenerse<sup>18</sup>. Esta especial protección se concede porque se considera que la tutela de la enfermedad debe prevalecer sobre cualquier otro interés empresarial, al menos durante un determinado periodo de tiempo y no porque se niegue que la misma producirá un efecto negativo para el empresario ya que la ausencia del trabajador puede obstaculizar, provocar un irregular funcionamiento en la empresa o, incluso, otro tipo de perjuicios<sup>19</sup>.

El trato diferenciado que el ordenamiento jurídico ofrece al trabajador enfermo se justifica también en razón de su vinculación con el derecho a la salud. A este respecto, en España se ha de apreciar que una vez que se ha admitido de forma explícita el derecho a la salud como expresión del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), directamente conectado con la dignidad de la persona (art. 10 CE), resulta patente que el ejercicio de ese derecho, que se traduce en la recuperación de la salud a través del correspondiente tratamiento médico, no debería dar lugar a una consecuencia tan perjudicial como lo es poner fin a la relación laboral. En este sentido, el derecho a la salud comprendería también el derecho a suspender el contrato de trabajo para permitir la recuperación de cualquier

---

<sup>16</sup> El art. 2110 CCI señala lo siguiente: “En caso de accidente de trabajo, enfermedad [...] si la ley o las normas corporativas no establecen formas equivalentes de protección social o asistencia, el trabajador tiene derecho a una prestación o indemnización en la medida y por el tiempo determinados en las leyes especiales, en las normas corporativas o por los usos y costumbres. En los casos indicados en el apartado precedente, el empresario tiene derecho a rescindir el contrato de trabajo ex art. 2118 CCI una vez transcurrido el periodo de tiempo establecido por la ley, las normativas corporativas o los usos y costumbres”.

<sup>17</sup> Voza, R., *op. cit.*, p. 4.

<sup>18</sup> Talarico, M., “Licenziamento per scarso rendimento da eccessiva morbilità”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1, 2015, p. 75.

<sup>19</sup> Napoli, M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milán, 1980.

afectación física o psíquica<sup>20</sup>.

El trabajador que recurre a la sanidad pública para recuperar su salud, no puede verse represaliado por el empresario con la pérdida de su puesto de trabajo, pues difícil y mala cobertura tendrían los derechos constitucionales descritos si no concurre ninguna garantía frente a este tipo de actos. Pese a todo, la interpretación más extendida reside en considerar que al incluirse el derecho a la salud en el art. 43 CE, por lo tanto, fuera de la sección dedicada a los derechos fundamentales, se trata de un derecho de eficacia mediata que solo resultará aplicable en el ámbito laboral en los términos reconocidos por el legislador. Por este motivo, no es posible objetivar un derecho a mantener la relación laboral cuando el trabajador se encuentre en una situación de IT provocada por enfermedad. Además, la conexión establecida entre el derecho a la salud y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física ha sido utilizada por los Tribunales para justificar la improcedencia de los despidos producidos en situación de IT puesto que no han encontrado un vínculo especial entre el despido y la vulneración del derecho a la integridad del trabajador. Se advierte en esta línea que con el despido no se afecta ni se pone en peligro grave la salud del trabajador afectado, ni se impide que el trabajador despedido mantenga su acceso a las prestaciones sanitarias y económicas<sup>21</sup>.

De lo expuesto se deriva que, al no estar integrado en la categoría de derechos fundamentales y libertades públicas, tal vulneración no implicaría una calificación del despido como nulo.

Distinta es la situación en Italia donde el art. 32 de la Constitución configura la salud como un derecho fundamental del individuo. Gracias a la jurisprudencia, el derecho a la salud ha adquirido la condición de derecho individual, primario y absoluto que ha permitido que los tribunales lo apliquen de manera inmediata y directa. Además, la doctrina ha puntualizado que la salud no puede considerarse incluida en la noción de integridad física pues, si bien es cierto que existen espacios en los que hay una superposición de las dos nociones, la salud no se agota en la integridad física y la integridad física no se agota en la salud<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Ginès i Fabrellas, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 18, 2010, p. 17 (versión web).

<sup>21</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de noviembre de 2007 (AS 2008, 490) y 4 de diciembre de 2007 (AS 2008, 1745).

<sup>22</sup> Morana, D., *La salute come diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.

### 3. El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal y su adecuada calificación

El derecho del trabajador a la suspensión del contrato de trabajo en los casos de padecimiento de una enfermedad y, en consecuencia, la conservación de su puesto de trabajo durante el periodo en situación de incapacidad temporal, deberían implicar, a priori, la imposibilidad del empresario de despedirlo por este motivo. Sin embargo, a pesar de la protección que el derecho a la conservación del puesto de trabajo dispensa al trabajador, es necesario plantearse si existen supuestos en los que, a pesar de la vigencia de este derecho, el empresario puede proceder al despido del trabajador de igual manera. En estos casos, se va más allá de aquellos supuestos en los que haya habido un incumplimiento previo por parte del trabajador o en los que concurren causas no asociadas a comportamientos imputables al trabajador, tales como puedan ser los despidos de carácter colectivo por causas de carácter económico.

Lo que se procede a plantear es si resulta una opción legítima para el empresario despedir al trabajador por las consecuencias derivadas del mero padecimiento de una enfermedad, bien por ineptitud sobrevenida o disminución del rendimiento, a pesar de encontrarse en situación de IT y de ostentar un derecho legítimo a la conservación del puesto de trabajo. En este contexto lo que se intenta resolver es cuál de los derechos legítimos tiene un peso mayor: el del empresario o el del trabajador.

#### 3.1. El despido por ineptitud sobrevenida y la incapacidad temporal

La ineptitud sobrevenida está considerada como causa de despido objetivo tanto en España (art. 52.a) ET) como en Italia (art. 3. Ley n. 604, de 15 de julio de 1996)<sup>23</sup>.

A pesar de ello, en el caso de España, en nuestra opinión, a pesar de que el art. 52.a) ET permite el despido objetivo en caso de ineptitud sobrevenida del trabajador, teniendo en cuenta el resto de la legislación vigente, no debería considerarse que es posible proceder al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador que se encuentra en

---

<sup>23</sup> En el caso de Italia, a pesar de que la ineptitud sobrevenida no se recoge como una de las causas de despido objetivo en dicho artículo, ha sido la jurisprudencia la encargada de configurarla como tal. Cfr. Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, 2015.

situación de IT ya que esta situación constituye uno de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo previstos en el art. 45.1.c) ET<sup>24</sup>. En este caso, estaríamos ante un verdadero conflicto entre dos preceptos del ET: el que permite al empresario despedir al trabajador de manera justificada en caso de ineptitud sobrevenida y el que consiente al trabajador ausentarse de su puesto de trabajo de manera temporal para recuperar su salud. Para resolver este conflicto, a tenor de lo previsto en el artículo 3.3 ET, debe prevalecer la norma más favorable para el trabajador. Una conclusión en sentido contrario implicaría aceptar que el empresario está legitimado para despedir al trabajador por un motivo que constituye de manera expresa causa de suspensión de la relación laboral<sup>25</sup>. En estos casos, no se materializaría la ineptitud sobrevenida del trabajador que justifica su despido objetivo porque la situación de IT se caracteriza precisamente por su carácter transitorio por lo que no puede entenderse que concurre el requisito de la permanencia de la ineptitud exigido por la doctrina y la jurisprudencia para justificar el despido.

Existe, de otro lado, un argumento complementario a esgrimir y es que no se puede considerar objetivada una situación de incapacidad permanente sobrevenida si el trabajador se encuentra sometido al correspondiente tratamiento médico, farmacológico y rehabilitador que puede mejorar o resolver la situación patológica que justifica la situación incapacitante calificada efectivamente como temporal.

En Italia, el despido del trabajador producido mientras éste se encuentra en situación de IT no ha sido una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Y ello a pesar de que, en principio, el art. 2110 CCI tiene carácter de norma especial que debería prevalecer sobre la normativa en materia de resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida de la prestación, incluso parcial (art. 1464 CCI), así como sobre las causas de despido objetivo (art. 3. Ley n. 604, de 15 de julio de 1996 sobre los despidos individuales).

Pues bien, en un primer momento, la jurisprudencia consideraba legítimo el despido objetivo del trabajador mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal, a pesar de no haberse superado el “periodo di comporto”, en caso de que las ausencias por enfermedad constituyesen un obstáculo para el funcionamiento de la empresa. En este caso, la causa de la resolución del contrato no sería la enfermedad en sí misma considerada,

---

<sup>24</sup> Arias Domínguez, A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador* (ineptitud, falta de adaptación y absentismo), Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 121.

<sup>25</sup> Toscani Giménez, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 3, 2009, p. 87.

sino el perjuicio que las ausencias derivadas de la misma provocan en la organización empresarial, circunstancia que implica que la prestación deje de resultar útil al empresario<sup>26</sup>.

Sin embargo con la sentencia *Sezioni Unite*, de 29 de marzo de 1980, n. 2072, se consolida una postura jurisprudencial mayoritaria que reconduce, en todo caso, el despido realizado durante el “periodo di comporta” al art. 2110 CCI, en su condición de normativa de carácter especial, por lo que el despido mientras el trabajador está en situación de IT no entraría dentro de los supuestos de despido por motivo objetivo<sup>27</sup>.

### 3.2. El despido por morbilidad excesiva

Supuestos especialmente complejos son aquellos en los que una enfermedad se mantiene a lo largo de un periodo prolongado de tiempo, o en los que se suceden diferentes enfermedades. Estos supuestos responderían al concepto de morbilidad excesiva<sup>28</sup>. Su desarrollo a nivel jurídico en Italia no implica una definición precisa sino que se deduce en contraposición a la morbilidad considerada normal, es decir, entrarían en esta categoría aquellas enfermedades que dan lugar a ausencias al trabajo de carácter no continuado y que se intercalan con periodos de mejoría en los que es posible retomar la actividad laboral. En estos casos estaríamos ante enfermedades crónicas que en razón de los diversos efectos negativos que pueden tener en la relación laboral, podrían implicar que la disponibilidad del trabajador sea impredecible e intermitente, con todas las implicaciones negativas que ello puede implicar para el empresario.

A pesar de la complejidad de estas situaciones, la *Corte di Cassazione* realiza una interpretación amplia del concepto de enfermedad por lo que resultaría posible reconducir al art. 2110 CCI también los supuestos de morbilidad excesiva del trabajador, es decir, también en estos casos, el trabajador tiene derecho a la conservación del puesto de trabajo durante el “periodo di comporta”.

La protección que el ordenamiento jurídico italiano otorga en caso de morbilidad excesiva se contrapone a la situación existente en España

---

<sup>26</sup> A favor de esta posición Gragnoli, E., “Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo – il commento”, *Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 1, 2015.

<sup>27</sup> En este sentido, Talarico, M., *op. cit.*, p. 73; Loy, G., *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1993, p. 262.

<sup>28</sup> Riva Sanseverino, L., “Eccessiva morbosità e ordinamento applicabile”, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1980, p. 420.

donde, como contrapeso al mantenimiento de los derechos laborales del trabajador que se encuentra en situación de baja laboral, el legislador permite la posibilidad objetiva por parte del empresario de acudir a la extinción del contrato de trabajo cuando se alcanza un determinado número de faltas de asistencia al trabajo (art. 52.d ET) aún cuando se produzcan de forma justificada pero intermitente, debiendo alcanzar en tal caso un porcentaje suficiente para llegar al 20 por ciento de las jornadas hábiles durante dos meses consecutivos, siempre que simultáneamente la cifra total de faltas de asistencia durante los doce meses previos alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles. También se muestra, como causa justificativa para el despido objetivo, que se alcance el 25 por ciento de las jornadas hábiles en un periodo de 4 meses discontinuos computados en el margen de un año. El carácter intermitente de las ausencias al trabajo al trabajo resulta imprescindible por cuyo motivo no concurre cuando se trata de días consecutivos comprendidos en una única baja. Por otra parte, los porcentajes aludidos han de alcanzarse en el conjunto del período contemplado y no en cada uno de los meses, debiendo entenderse la referencia realizada respecto de los meses como meses naturales. Debe tenerse en cuenta como límite de esta facultad empresarial que no cabe el cómputo de las faltas de asistencia para aquellas ausencias debidas a huelga legal ejercida por el trabajador, el ejercicio de actividades en que se lleve a cabo la representación de trabajadores, para aquellas faltas de asistencia debidas a accidente laboral y en general aquellas que fueron debidas a contingencia profesional, bajas o suspensión del contrato, vinculadas a la situación de maternidad, riesgo de embarazo y lactancia, licencias y vacaciones, accidente no laboral o bien aquellas situaciones de baja laboral acordadas por los servicios sanitarios oficiales cuya duración se prolongue durante más de veinte días consecutivos. Tampoco podrían ser objeto de cómputo a efectos extintivos las situaciones de orden físico o psicológico derivadas de violencia de género, cuando aparezcan acreditadas bien por los servicios sociales o por los servicios de Salud, así como las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

### **3.3. El despido por imposibilidad de la prestación laboral**

Otra de las posibilidades que se ha planteado en Italia es la de reconducir el despido en situación de IT a los supuestos de extinción de la relación laboral por imposibilidad total o parcial de la prestación laboral. Sin embargo, esta posibilidad no parece ser conforme a derecho si tenemos en

cuenta la protección especial que el ordenamiento jurídico otorga a la enfermedad<sup>29</sup>.

A pesar de que, la posición jurisprudencial y doctrinal mantenida después de la sentencia *Sezioni Unite* seguía un criterio consolidado, recientemente, con la sentencia de 4 de septiembre de 2014, n. 18678<sup>30</sup>, la *Corte di Cassazione* ha optado por la posición totalmente contraria. En esta sentencia, la Corte utiliza la argumentación precedente a la sentencia *Sezioni Unite* que ya había sido totalmente abandonada. La sentencia resuelve un supuesto de ausencias al trabajo de duración breve pero continuada y considera que las mismas pueden dar lugar a un despido objetivo ex art. 3 de la Ley n. 604 de 15 de julio de 1966.

Se trata de un supuesto de ausencias “a macchia di leopardo” que se comunicaban al empresario en el último momento, causando graves problemas de organización ante la dificultad de buscar un sustituto del trabajador. Para justificar el despido, esta sentencia tiene en cuenta únicamente los perjuicios que los cambios en la prestación laboral a consecuencia de la enfermedad ocasionan en la organización empresarial, y no la enfermedad en sí misma. El despido sería legítimo, con independencia de que se haya superado o no el periodo máximo en situación de IT porque lo que tiene en cuenta el Tribunal es únicamente el perjuicio que la reducción del rendimiento causa a la empresa. A pesar de que en esta sentencia la *Corte di Cassazione* hace referencia a su doctrina consolidada relativa a la imposibilidad de despedir al trabajador durante el “periodo di comporta”, considera que la misma no resulta aplicable en este caso en razón de las condiciones en las que se producen dichas ausencias, normalmente cuando tiene que realizar el turno nocturno o los fines de semana.

Si bien en este caso, la solución que adopta el Tribunal parece ser la adecuada teniendo en cuenta el *modus operandi* del trabajador, la misma puede provocar un efecto no deseado ya que en caso de que las ausencias breves se produzcan a consecuencia del padecimiento de una enfermedad crónica, cuyos efectos son intermitentes e impredecibles en el tiempo, no debiera resultar legítimo considerar que el despido es válido en razón del perjuicio que la reducción del rendimiento del trabajador enfermo causa en la organización empresarial. Por este motivo, no se debiera admitir que

---

<sup>29</sup> En este sentido, Lama, R., “Trent’anni dopo le sezioni unite: la Cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4, 2014.

<sup>30</sup> Para un comentario sobre esta sentencia véase: Lama, R., *op. cit.*; Gragnoli, E., *op. cit.*; Talarico, *op. cit.*

la *Corte di Cassazione* está en realidad cambiando, en general, la posición que había venido manteniendo desde la sentencia *Sezioni Unite*, ya que hacer depender la legitimidad del despido por reducción del rendimiento del carácter intermitente de las ausencias podría dar lugar al nacimiento de una discriminación entre las enfermedades de larga y las de breve duración que carecería de cualquier tipo de fundamento lógico. Además, siguiendo esta línea se estaría vaciando de contenido el art. 2110 CCI que, en cambio, debería prevalecer en razón de su carácter de norma especial.

Una parte de la doctrina muestra su preocupación ante la posición que está sosteniendo el Alto Tribunal y considera que lo que hace con esta sentencia constituye una verdadera “revolución silenciosa”<sup>31</sup> ya que, a pesar de que hace referencia a su doctrina anterior, pone de manifiesto que está dispuesto a cambiar los principios en los que la misma se asentaba, incluso en detrimento del principio de certeza del Derecho.

El carácter excepcional de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 4 de septiembre de 2014, n. 18678, que se justifica por el tipo de ausencias que se producen en el caso concreto, parece confirmarse puesto que, en una sentencia posterior<sup>32</sup> en la que el Tribunal está llamado a resolver un caso de despido durante el “periodo di comporta”, retoma la doctrina consolidada a partir de la sentencia *Sezioni Unite* y considera que el despido motivado por el elevado número de ausencias que, sin embargo, no superan el periodo máximo en situación de IT, es ilegítimo. La sentencia del Tribunal de Milán de 19 de septiembre de 2015, n. 26212, confirma esta posición y añade una nueva circunstancia que ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar si la prestación laboral del trabajador que se ausenta del trabajo sigue siendo útil para el empresario o no. El Tribunal señala que la prestación tiene que valorarse atendiendo a los días en los que el trabajador está presente en la empresa y no en relación a los días en los que está ausente. Para considerar que el despido es legítimo por este motivo, el empresario deberá demostrar que la prestación del trabajador no responde a sus expectativas en los días en los que está presente en la empresa.

De todo lo expuesto, puede concluirse que en Italia, a pesar de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 2014 prevalece, de todas maneras, la doctrina tradicional y consolidada según la cual no puede considerarse legítimo el despido del trabajador cuando este se encuentra en situación de

---

<sup>31</sup> Magrini, S., “Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, n. 1, 2015, p. 148.

<sup>32</sup> Sentencia *Corte di Cassazione* de 2 de septiembre de 2015, n. 17436.

IT, con independencia de la duración de las ausencias y del arco temporal en el que se producen. En estos casos, la rentabilidad empresarial no puede prevalecer sobre el derecho del trabajador a recuperar su salud. Sin embargo, una vez transcurrido dicho periodo temporal, el art. 2110 CCI autoriza al empresario a rescindir el contrato del trabajador que se encuentra ausente debido a su enfermedad sin necesidad de alegar ningún tipo de causa. Esto ha llevado a la doctrina a considerar que la superación del “periodo di comporta” constituye un motivo de despido objetivo en sí mismo, que no necesita de ningún tipo de justificación a mayores<sup>33</sup>. En estos casos, la excepción a la regla general del Derecho de Obligaciones deja de resultar aplicable y vuelve a prevalecer el interés de la empresa a obtener el máximo rendimiento posible, sobre el del trabajador a no sufrir perjuicios a causa de su enfermedad<sup>34</sup>. Por su parte, algunos convenios colectivos no fijan *a priori* un “periodo di comporta” máximo sino que prevén que la conservación del puesto de trabajo se aplica hasta que el trabajador se haya recuperado totalmente de la enfermedad que padece. Si bien esta previsión pudiese parecer beneficiosa para aquellos casos en los que el trabajador padece una enfermedad de larga duración ello no es así puesto que el texto literal del convenio puntualiza que dicha previsión no se aplica a las enfermedades crónicas<sup>35</sup>.

#### **3.4. La calificación del despido producido en situación de incapacidad temporal**

El tema de la calificación del despido producido mientras el trabajador se encuentra en situación de IT ha sido objeto de mayor atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia españolas respecto a lo que ha ocurrido en Italia. Esto se debe, entre otros motivos, a que hasta las reformas laborales más recientes que se han producido en Italia, las consecuencias del despido ilegítimo eran las mismas tanto en caso de despido discriminatorio como en caso de un despido en el que no concurría la causa objetiva alegada ya que en ambos supuestos el trabajador tenía derecho a la reintegración en su puesto de trabajo<sup>36</sup>. Sin embargo, a partir de ahora, este está destinado a ser un tema que dé lugar

---

<sup>33</sup> Magrini, S., *op. cit.* p. 146.

<sup>34</sup> Loy, G., *op. cit.*, p. 263.

<sup>35</sup> Sentencia *Corte di Cassazione* de 17 de marzo de 2016, n. 8901.

<sup>36</sup> Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore”, *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2013.

a una gran controversia<sup>37</sup> de ahí la importancia de analizar la situación existente en España al respecto.

En España, las consecuencias de la calificación del despido como nulo son bien diferentes a las derivadas del despido improcedente. La calificación del despido producido mientras el trabajador está en IT ha dado lugar a un gran debate tanto doctrinal como jurisprudencial.

En un primer momento existía una prohibición de despedir al trabajador en situación de IT que operaba de manera automática. Así, la primera redacción del ET (Ley 8/1980, de 10 de marzo) incluía diversas causas que determinaban la calificación de nulidad del despido, entre las que se encontraba la situación de los trabajadores en una situación suspensiva de su contrato de trabajo, salvo que procediera aplicar a la decisión extintiva el carácter de procedente. En consecuencia, cuando en un despido operaba la suspensión del contrato de trabajo podría resultar declarado procedente de considerarse acreditada la causa legal sobre la que se sustentara, o bien nulo para el supuesto en que no se acreditara suficientemente la razón alegada o ésta no existiera.

Hoy en día la situación es notablemente distinta a aquella inicialmente descrita prevaleciendo una interpretación mucho más restrictiva de los derechos del trabajador, facilitándose la extinción indemnizada del contrato suscrito por el trabajador en incapacidad temporal.

Desde la reforma normativa que quedó asociada a la Ley 11/1994 viene a producirse una interpretación muy limitada y reducida de las causas que permitían que el despido provocado por la mera situación de IT del trabajador pudiera tener la calificación de nulidad. De entre ellas, significativamente los actos extintivos que no respondieran a una causa legal quedarían relegados a la categoría de despido improcedente. A partir de este momento, la declaración de nulidad pasaría a obtener una interpretación restringida a aquellos casos en que el despido tuviera como móvil alguna de aquellas causas de discriminación que estuvieran prohibidas en la Constitución o cuando se produjeran concurriendo violación de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores. Así quedó reflejado en la nueva redacción del art. 55.5 ET. En la forma que se describe, la restricción aplicada a los supuestos de nulidad junto a las modificaciones introducidas en las consecuencias del despido improcedente vinieron a confluir en la práctica eliminación de la causalidad en la extinción de los contratos.

---

<sup>37</sup> Sobre esta cuestión véase Fernández Martínez, S. y Tiraboschi, M., “Licenziamento e malattia alla luce del Jobs Act”, en Tiraboschi, M. (dir.), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, 2016.

El TS en su sentencia de 29 de enero de 2001<sup>38</sup> vino a marcar la línea interpretativa a seguir respecto del despido producido cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal. La doctrina que se asienta<sup>39</sup> interpreta y establece el criterio de que la enfermedad “contemplada en el sentido genérico apreciable desde la perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo que hace que el mantenimiento de la relación de trabajo ofrecida por el trabajador no se considere rentable por la empresa” no llega a considerarse un factor discriminatorio en el sentido estricto que del mismo término se deduce a tenor del inciso final del art. 14 CE. No obstante, deja una puerta abierta a la consideración de que se puedan producir otras circunstancias de las que puedan resultar apreciables estos elementos de segregación. En este contexto normativo, la doctrina jurisprudencial reseñada considera que el despido producido durante la situación de suspensión de la relación laboral ha de ser calificado como improcedente, con la marcada excepción de que se contemplara la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de algún derecho de carácter fundamental reconocido al trabajador. Cierra el círculo normativo e interpretativo la regulación legal que se incorpora a la Ley de Procedimiento Laboral – vigente a la sazón – a tenor de la cual, según el art. 108.2, la opción para declarar un despido como nulo deriva de la inclusión entre los supuestos relacionados en el mismo, entre los que no se hace mención alguna al despido producido durante la suspensión del contrato de trabajo por causa de incapacidad temporal. La consecuencia legal de lo expuesto derivará cuando no resulte acreditada la causa formal alegada en la ordinaria declaración de improcedencia del despido.

El nuevo encaje normativo vendrá a exigir la necesidad de que el trabajador, si pretende articular la solicitud de declaración de nulidad del despido, recurra a la acreditación de un supuesto de discriminación por razón de enfermedad o bien a la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el art. 15 CE.

A la hora de resolver la cuestión debatida también era preciso salvar lo previsto en el contenido del art. 6 del Convenio 158 de la OIT<sup>40</sup> sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. El

---

<sup>38</sup> Recurso de casación para la unificación de doctrina n. 1566/2000.

<sup>39</sup> Reiterada entre otras por las de 13 de febrero de 2002, 12 de julio de 2004, 18 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008, 27 de enero de 2009, y la de 12 de julio de 2012).

<sup>40</sup> Promulgado el día 22 de junio de 1982 por la Conferencia General de la OIT y ratificado por España el 26 de abril de 1985.

mismo establece que la ausencia temporal del trabajo provocada por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. La previsión expuesta podría entenderse cubierta – en la línea argumental mantenida por el TS – con la declaración de improcedencia del despido, si bien se puede considerar que con esta solución no se eliminan la totalidad de perjuicios sufridos por el trabajador, para cuya reparación puede articularse la declaración de nulidad incorporando así el estándar protector de los derechos fundamentales.

En consecuencia, de la interpretación genérica que ofrece el TS se desprende que el despido provocado por una situación de IT del trabajador no vulnera el derecho a la vida y a la integridad física que aparece contemplado en el art. 15 CE. Tampoco la enfermedad queda asimilada a la discapacidad como factor de discriminación prohibido, razón por la cual en tales supuestos la declaración consecuente ha de ser la de improcedencia y no la de nulidad. Sin embargo, respecto de esta última cuestión, las últimas sentencias del TJUE sobre el concepto de discapacidad están llamadas a provocar un cambio de tendencia en la doctrina consolidada del TS respecto a la no equiparación entre enfermedad y discapacidad<sup>41</sup>.

#### **4. Reflexiones finales en relación a un sistema susceptible de cambio**

El análisis comparado de las respuestas que los ordenamientos jurídicos italiano y español ofrecen en caso de despido de un trabajador que se encuentra en situación de IT no arroja demasiada luz a la hora de decidir cuál de los dos derechos en juego debe prevalecer: si el del empresario o el del trabajador. Si bien, la doctrina consolidada del TS en España parece decantarse por dar mayor peso al interés del empresario en obtener el máximo rendimiento, esta no es una cuestión pacífica ya que se corre un grave riesgo de vulnerar los derechos fundamentales del trabajador. Se trata de una posición llamada a cambiar si tenemos en cuenta que según la última doctrina del TJUE en determinados casos la enfermedad crónica puede ser considerada discapacidad y, por lo tanto, el trabajador que la padece debería tener acceso a la protección antidiscriminatoria.

---

<sup>41</sup> Molina Navarrete, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “caso Ring””, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 130, 2015, p. 5.

Puede constatarse que la doctrina del TS, que sucede a la sentencia de 29 de enero de 2001, produce un indeseable efecto segregacionista dado que implica una auténtica autorización por vía jurisprudencial – frente a la precedente prohibición normativa – para poder despedir al trabajador que se encuentra en situación de IT, sin ocultar la razón y siempre que cumpla con la condición de abonar la indemnización correspondiente.

Por su parte, en Italia, a pesar de la sentencia disonante de la *Corte di Cassazione* de 2014, en general, la jurisprudencia consolidada considera ilegítimo el despido del trabajador si todavía no ha sido superado el periodo máximo durante el que tiene derecho a la conservación de su puesto de trabajo. Sin embargo, el problema que se plantea será determinar cuáles son las consecuencias jurídicas en caso de que el despido sea declarado ilegítimo pues, tras las últimas reformas, el trabajador ya no tendrá derecho a la reintegración en el puesto de trabajo a no ser que el despido se considere discriminatorio o nulo según otra norma del ordenamiento jurídico.

Como puede apreciarse, en líneas generales, el despido producido mientras se está en situación de IT viene considerado ilegítimo en ambos países, si bien lo realmente determinante serán las consecuencias que deriven de la situación previa descrita.

La situación actual de crisis y de inestabilidad laboral propicia situaciones de discriminación conectadas o relacionadas con situaciones de debilidad o vulnerabilidad desde un doble ámbito: físico y jurídico. Esto es lo que ocurre en España donde se deja abierta la posibilidad de despedir a cambio de la indemnización del despido improcedente a un trabajador cuando se encuentra en situación de baja médica. La vulnerabilidad en el ámbito jurídico también queda patente en España debido a la posibilidad de recurrir a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en caso de ausencias reiteradas pero intermitentes (art. 52.d) ET), habiéndose ampliado tal posibilidad al quedar desvinculada de la exigencia del absentismo colectivo.

El efecto indeseable que se genera no es otro que el trabajador en situación de IT puede quedar desplazado del ámbito de la relación laboral y, en definitiva, segregado con el grave riesgo de exclusión definitiva que se deduce de la dura competencia existente para la consecución de la estabilidad laboral.

Una de las diferencias que se aprecia realizando el estudio comparado se encuentra en la posibilidad que existe en Italia de despedir al trabajador una vez que ha superado el “periodo di comporta” sin necesidad de alegar ninguna otra causa o de acreditar que la enfermedad ha cesado. Esto no existe en España donde una vez superado el periodo máximo en situación

de IT, el trabajador podrá ser examinado por el Equipo de Valoración de Incapacidades, el cual decidirá acerca del reconocimiento del grado de incapacidad permanente que pueda corresponder al trabajador o bien si se encuentra en situación de alta médica o de mejoría que permita su reincorporación al trabajo. Para el caso de producirse el alta médica, si el trabajador ha incurrido en una pérdida sustancial respecto de las aptitudes precisas para su trabajo, cabe la posibilidad de que el empresario proceda al despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Así, aunque en un momento posterior, cabe que se produzca el mismo efecto indeseable que en Italia: la salida del trabajador con una enfermedad crónica del mercado de trabajo. En esta hipótesis recaerá sobre el empresario la carga probatoria relativa a la concurrencia de la ineptitud alegada como motivo objetivo de despido, sin que sea suficiente con la mera superación del periodo máximo en situación de IT.

De todo lo expuesto, se puede concluir que a pesar de que pueda justificarse la necesidad de preservar el derecho del empresario a alcanzar un nivel aceptable de productividad, combatiendo las altas tasas de absentismo derivadas, sobre todo de ausencias breves y reiteradas, esto no puede conducir a la penalización de los trabajadores que padecen enfermedades graves y de duración prolongada. Si bien en España, las ausencias derivadas de cáncer u otra enfermedad grave no se tienen en cuenta a la hora de computar aquellas que dan lugar al despido objetivo [ex art. 52.d) ET], esto no es una garantía de la que dispongan todos los trabajadores con enfermedades consideradas crónicas, quienes pese a poder quedar limitados por patologías de carácter grave, carecen de la aludida protección. En cualquier caso, se ha de tener presente que estos trabajadores igualmente podrían ser despedidos por ineptitud sobrevenida. Por estos motivos, resultaría necesario explorar nuevas posibilidades para garantizar la conservación del puesto de trabajo a aquellos trabajadores que padecen enfermedades con efectos prolongados en el tiempo. Siguiendo esta línea, en Italia, recientemente, se ha presentado una propuesta de ley<sup>42</sup> que tiene como objetivo la equiparación de la duración del “periodo di comporto” para el sector público y el privado, así como la ampliación del plazo retribuido en 3 meses para los trabajadores con enfermedades oncológicas. A pesar que dicha propuesta de ley debe ser objeto de una valoración positiva pues representa un primer paso hacia el reconocimiento de una tutela mayor a las personas con enfermedades

---

<sup>42</sup> Para un comentario de esta propuesta de ley véase Fernández Martínez, S., *Una proposta per modificare la disciplina del periodo di comporto e garantire la conservazione del posto di lavoro dei malati oncologici*, Bollettino ADAPT, 14 diciembre 2015.

crónicas, la misma se aplica solamente a los trabajadores con enfermedades oncológicas y no a todos los trabajadores con enfermedades crónicas, circunstancia que resultaría más adecuada. Además, para poder ofrecer una tutela real, el hecho de añadir un periodo de duración de 3 meses no bastaría, sino que habría que caminar hacia una tutela personalizada que atienda al caso concreto, por lo que la solución ideal sería que la duración del “periodo di comporta” variase en función de la enfermedad y de las necesidades del trabajador que la padece. En este sentido, la negociación colectiva parece ostentar un papel privilegiado para poder ofrecer tutelas adecuadas a las necesidades de los trabajadores con enfermedades crónicas. Sin embargo, tratándose de una materia tan delicada y relacionada directamente con la posibilidad de extinción de la relación laboral prevista por el art. 2110 CCI en el caso de Italia, dejar la regulación de la duración del “periodo di comporta” a la negociación colectiva puede dar lugar, como ya se ha dicho, al nacimiento de diferencias entre sectores productivos, por lo que la intervención del Estado parece ser la solución más adecuada en este caso, tal y como presupone la propuesta de ley presentada recientemente en Italia.

En lo que respecta a la normativa española llama la atención el carácter ficticio que habitualmente caracteriza a los despidos que se producen teniendo por causa directa la mera situación de IT del trabajador. La protección que se dispensa al trabajador, en consecuencia, puede entenderse más débil que en la normativa italiana. Se trata de despidos sin causa disciplinaria real en los que se busca la calificación de improcedencia de los mismos y la extinción indemnizada de la relación laboral.

Tal circunstancia quedó consagrada legalmente por la Ley 45/2002 que vino a establecer la posibilidad del reconocimiento por parte de la empresa de la improcedencia del despido, incluso en la propia carta en que se notificaba el mismo. Pasaba así a asentarse la convicción de que una vez reconocida la improcedencia del despido y producida la puesta a disposición de la indemnización a favor del trabajador la causa del despido pasaba a ser algo meramente instrumental. Pese a que se trataba de un criterio mayoritariamente admitido podemos recurrir a normativa de derecho internacional que ofrece una tutela más efectiva de los derechos de los trabajadores en situación de IT. A tal efecto el art. 4 del Convenio 158 OIT establece de modo terminante que: “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, afirmación que resulta vinculante en aplicación del art. 96 CE, sin que sea posible derogar su contenido o

legislar en sentido contrario al derecho preservado.

Tras la Ley 3/2012, a tenor de su exposición de motivos, la supresión del “despido exprés” lleva a la consideración de que en el marco jurídico actual el despido es un requisito esencial y no meramente formal, realidad que viene a reforzar los presupuestos interpretativos que figuran en el Convenio de la OIT.

Como complemento interpretativo del art. 35.1 CE se desprende el derecho constitucional a no ser despedido sin que exista justa causa, tal y como advierte la doctrina del Tribunal Constitucional, en sus sentencias STC 22/81 y 192/03, según las cuales “tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma”. Se concluye así que en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se traduce en el derecho a la estabilidad en el empleo, es decir, en “el derecho a no ser despedido sin justa causa”.

La cuestión a debatir trata de discernir si la ausencia de causa o la invocación de causa ficticia debe alcanzar la consideración de simple “defecto formal” cuya sanción viene anudada a la mera declaración del despido como improcedente – tal y como aprecia la jurisprudencia mayoritaria desde la sentencia del TS, de 19 de enero de 1994, en aplicación del artículo 55.4 ET – o, bien si cabe tener presente la dimensión constitucional de los derechos afectados (tanto la garantía a la tutela judicial efectiva como el derecho al trabajo) para que, una vez constatada la indefensión que provoca la ausencia de conocimiento de la causa real del despido, la solución no pueda ser otra que la nulidad de la decisión extintiva.

En opinión del magistrado juez, Agustí Maragall, del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (sentencia de 19 de noviembre de 2013, autos 398/2013) la sentencia del TC 62/2008, contiene la clave para realizar una interpretación extensiva de las situaciones en que se produce el despido de un trabajador por causa de su situación de incapacidad temporal. Esta sentencia establece que el estado de salud del trabajador o, de forma más concreta 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”. La cuestión estriba en que no es lo mismo reducir la consideración de discriminación a los supuestos de “estigmatización como persona enferma de quien la padece”, criterio que se mostraría altamente restrictivo y que podría quedar limitado a situaciones en que el trabajador

podiera padecer enfermedades que generen rechazo como pueda ser a título de ejemplo el SIDA. En tales situaciones el elemento de segregación se basa en la mera existencia de la enfermedad considerada en sí misma. La clave en este caso vendría determinada por la afirmación de que el factor enfermedad pueda ser considerado como un elemento de segregación basado en la existencia de la enfermedad considerada en sí misma “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”, ya que en tales supuestos cabría la inclusión de los casos en que el trabajador es, pura y simplemente despedido por su situación de incapacidad temporal.

En el contexto descrito los derechos del trabajador en situación de IT en España son más limitados que en Italia y más permeables a la exclusión laboral. No obstante, podríamos articular una respuesta normativa e interpretativa que mejorara la vulnerabilidad de este colectivo. A tal fin, podríamos convenir lo siguiente:

- 1.- En primer lugar, hemos de coincidir en que cuando concurre una situación de presión bajo la amenaza de despido para que el trabajador inste el alta médica y se reincorpore a su puesto de trabajo, constituye una conducta que pone en riesgo la salud y por tanto ha de valorarse como lesiva para el derecho a la integridad física, en cuyo caso, los tribunales podrán declarar la nulidad del cese y el consecuente mantenimiento del puesto de trabajo.
- 2.- El elemento decisorio en los supuestos en que se accede a la declaración de nulidad tiene que ver con el carácter reactivo de la decisión extintiva de la empresa frente al ejercicio del trabajador respecto de su derecho a la integridad física. Pues bien, en este punto, es la decisión de la empresa que procede al despido como reacción y como represalia frente al ejercicio de ese derecho de carácter constitucional, siendo más que discutible la solución restrictiva que ofrece el TS en España. A tal fin, entendemos que se ha de valorar que la garantía que aflora en los supuestos descritos no es otra que la de indemnidad, que como tal debería quedar vinculada al ejercicio de todos los derechos fundamentales en atención a que a todos ellos acompaña la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se derive del legítimo ejercicio de los mismos. Así se desprende de la sentencia del TC 265/2000 de cuyo criterio genérico interpretativo se debe deducir que toda medida sancionadora del

ejercicio de un derecho fundamental debe llevar aparejada la declaración de nulidad y sin que pueda producir efectos. con apoyo en tal criterio la doctrina ha anudado a la “garantía de indemnidad” la declaración de ineficacia de los actos empresariales lesivos de derechos fundamentales. La conclusión que cabe establecer, según el criterio que defendemos, es que el despido que tiene por causa el inicio por el trabajador de una situación de IT incurre en una vulneración de la garantía constitucional que identifica el derecho a la integridad física consagrado en el art. 15 CE. Tal derecho integra la garantía de indemnidad que incorpora el derecho a no sufrir represalias por el ejercicio de aquella contingencia de salud. La consecuencia derivada de la interpretación que se propone llevaría a una modificación legislativa que recoja la propuesta descrita y que eludiría la respuesta mercantilista de las empresas que “desechan” a trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal, trabajadores que simplemente ejercitan su derecho constitucional a la integridad física y que pueden quedar excluidos del mercado de trabajo como consecuencia de la limitación sobrevinida y, en muchos casos incierta, que viene asociada a la situación de IT.

## 5. Bibliografía

- AA.VV., *Sickness, Disability and Work. Keeping on track in the economic downturn*, OCDE Background Paper, París, 2009.
- Arias Domínguez, A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador (ineptitud, falta de adaptación y absentismo)*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- Carrizosa Prieto, E., “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 96, 2008.
- Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista española de derecho del trabajo*, Civitas, n. 157, 2013.
- Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore”, *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2013.
- Del Valle Villar, J.M. y Sagardoy y Bengoechea, J.A., *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador. Estudio del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores a la luz del Convenio 158 de la OIT*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1988, p. 23.
- Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, 2015.

- Fernández Martínez, S., Una proposta per modificare la disciplina del periodo di comporto e garantire la conservazione del posto di lavoro dei malati oncologici, *Bollettino ADAPT*, 14 dicembre 2015.
- Fernández Martínez, S. y Tiraboschi, M., “Licenziamento e malattia alla luce del Jobs Act”, en Tiraboschi, M. (dir.), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, 2016
- Ginès i Fabrellas, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, 2010, n. 18, p. 17 (versión web).
- Gragnoli, E., “Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo – il commento”, *Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 1, 2015.
- Lama, R., “Trent’anni dopo le sezioni unite: la Cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4, 2014.
- Loy, G., *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1993.
- Magrini, S., “Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, n. 1, 2015.
- Molina Navarrete, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “caso Ring””, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2015, n. 130, p. 5.
- Morana, D., *La salute come diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.
- Napoli, M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milán, 1980.
- Paredes Rodríguez, J. M. y Doctor Sánchez-Migallón, R., *La gestión y el control de la incapacidad temporal*, Aranzadi Social, 2006.
- Riva Sanseverino, L., “Eccessiva morbilità e ordinamento applicabile”, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1980, p. 420.
- Sánchez Pérez, J., “El papel de las Mutuas ante la inminente reforma del modelo de incapacidad temporal”, en AA.VV., *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2013.
- Talarico, M., “Licenziamento per scarso rendimento da eccessiva morbilità”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1, 2015.
- Tatarelli, M., *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padua, 2002.
- Toledo Oms, A., *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, 2009.

- Toscani Giménez, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 3, 2009.
- Voza, R., *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 248, 2015, (de próxima publicación en “Raccolta di scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo”).

# Red Internacional de ADAPT



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*