

## Comentario Laboral

### Nulidad del despido por trabajos en situación de IT

26 de agosto de 2020

A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 9 de junio de 2020

Lo que a continuación se desarrolla no es ningún galimatías, aunque lo parezca.

Trabajador que solicita la nulidad del despido disciplinario, digamos, por la causa **A**. La sentencia del Juzgado de lo Social estima la pretensión no solo por la causa **A** invocada, sino también por la **B**, no alegada, y además condena a la empresa al abono de la cantidad de 6.251.-€ en concepto de indemnización por vulneración de derecho fundamental. Finalmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia confirmará la nulidad, pero esta vez exclusivamente por la causa objetiva y automática, llamemos, **C**, con absolución de la condena indemnizatoria impuesta a la empresa.

Dicho sea en otras palabras, los interrogantes que nos planteamos son: ¿se pueden acoger por el órgano judicial motivos de nulidad de un despido disciplinario, no alegados en la demanda? Y de ser la respuesta afirmativa, ¿es indiferente que la declaración de despido nulo la establezca el Juzgado de lo Social o el Tribunal Superior de Justicia? O, por el contrario, ¿cabe que la empresa alegue evidente indefensión, con visos de prosperabilidad, al no haber podido rebatir con los alegatos y medios de prueba pertinentes la causa de nulidad luego puesta en escena?

Para dar cumplida respuesta a estas cuestiones nos serviremos del procedimiento que, por ahora, culmina con la **STSJ Galicia de 9 de junio de 2020** (Asunto Carpintería Metálica Aluman, S.A.; RS 32/2020). Los antecedentes de interés de los que se partía eran los siguientes:

- 1.- El demandante, con categoría profesional de Encargado, solicitó permiso de paternidad por nacimiento de hijo, para el periodo 26 de mayo al 22 de junio de 2018. La fecha de nacimiento del hijo fue el 22 de mayo de 2018.
- 2.- El trabajador cursó un proceso de IT por lumbalgia, con fecha de inicio el 25 de junio de 2018 y alta en data 21 de septiembre siguiente.
- 3.- En fecha 25 de junio de 2018 el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente a la empresa, en reclamación de cantidad por desplazamientos, vacaciones y retribuciones pendientes de percibir. Previamente ante los órganos judiciales de Panamá, en fecha 6 de junio de 2018, había presentado demanda de reclamación de cantidad frente a la mercantil Grupo Aluman Panamá, S.A.
- 4.- Mediante comunicación extintiva con fecha de efectos del 4 de septiembre de 2018 fue despedido con base en una conducta consistente en que el día 21 de agosto anterior el demandante en una vivienda familiar en obras, situada en una aldea sita en Lugar de Larazo (Vila de Cruces-Pontevedra) realizó trabajos supuestamente incompatibles con las supuestas dolencias que le aquejaban. Quedando probado exclusivamente en sede judicial que en dicha fecha estuvo ayudando a otra



persona a empujar una hormigonera que había sido usada en las citadas obras, de pequeño tamaño, con ruedas, para acercarla al camión, ayudándole también en la operación de cargar por medio de una grúa dicha hormigonera al camión conducido por esa tercera persona.

La inicial **SJS nº 1 A Coruña** de 23 de julio de 2019 declaró la nulidad del despido disciplinario por concurrir dos causas:

i.-Vulneración garantía de indemnidad. Concurrencia de represalia, por vulneración del derecho a tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad, en el despido llevado a cabo por la empresa con base en las precedentes dos reclamaciones efectuadas por el trabajador contra su empleadora en España y la mercantil panameña cuando prestó servicios en América Central.

ii.- Lesión del derecho fundamental a la igualdad. Al haber sido despedido el trabajador mientras se encontraba en situación de IT, con base en la STJUE de 1 de diciembre de 2016 y la Directiva 2000/1978/CE, y, en concreto, aplicando el concepto de discapacidad o dolencia a largo plazo.

En el recurso suplicatorio formalizado por la empresa se denunciaba que en la sentencia de instancia el único razonamiento o fundamento que podía ser tenido en cuenta como motivador de la nulidad declarada por el Juzgador *a quo*, sería el expuesto en la demanda (la eventual represalia y no el de "discapacidad" nunca invocado), razonamiento que la **STSJ** desestima por un doble argumento:

1º.- Porque el órgano judicial únicamente está vinculado por la **esencia** de lo pedido y discutido en el pleito, y **no por la literalidad** de las concretas pretensiones ejercitadas de forma que no existirá la incongruencia "*extra petitum*" cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

2º.- La congruencia de las resoluciones judiciales es compatible con la utilización por el órgano judicial del aforismo ***iura novit curia***, en cuya virtud los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes.

Por otro lado, la Sala de lo Social revoca que la causa de nulidad sea la equiparación de la lumbalgia con la discapacidad. En efecto, recuerda que de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Directiva Europea 2000/1978, lo esencial a estos efectos es si la duración de las dolencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales son lo suficientemente prolongadas como para entender que puedan quedar sumidas en el concepto de discapacidad. Se subraya que la lumbalgia es una dolencia altamente incapacitante, pero con un corto período de recuperación o curación (según los manuales médicos máximo 4/6 semanas), a lo que había que unir que quedaba igualmente acreditado que el despido tenía su causa en una simulación de baja o en la realización de actividades contrarias a la situación incapacitante, y nunca por la propia dolencia padecida por el actor.

Llegados a este punto el lector se preguntará ¿por qué no se declaró la procedencia del despido disciplinario por la realización de tareas en situación de IT y luego por qué motivo se declara su nulidad?



El TSJ entiende que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, la conducta del trabajador no revestía ni la gravedad ni la culpabilidad suficiente e intencionalidad, **ni resultó acreditado que fuese susceptible de perturbar su curación o evidenciarse su aptitud laboral**, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa. Por lo que se concluye en que los hechos que motivaron el cese no merecían la imposición de la sanción máxima de las que comportan el ordenamiento laboral.

Y, para terminar, lo más importante para resolver el embrollo expuesto al inicio, ¿qué argumento emplea el TSJ para declarar la nulidad y no la improcedencia del despido, descartada la vulneración de la garantía de indemnidad y que se tratase de un despido de una persona “discapacitada” o con baja de larga duración?:

Muy sencilla la respuesta, por el previo disfrute del permiso por paternidad. Partiendo de la fecha de nacimiento del hijo del demandante el 22 de mayo de 2018 y la fecha de despido el 4 de septiembre siguiente, al no transcurrir los entonces 9 meses establecidos (hoy doce meses) entre ambas datas, y ello por la simple dicción del artículo 55.5 del ET en el momento del hecho causante:

"Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: [...] c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda con fines de adopción o acogimiento del hijo o del menor”.

En conclusión, son varias las enseñanzas extrapolables de la STSJ Galicia:

**1ª.-** Los despidos disciplinarios por realización de trabajos en situación de IT *a priori* no pueden considerarse una actuación que retrase la curación de las dolencias, ni ponga en peligro la recuperación, correspondiendo a la empresa, conforme a las normas reguladoras de la carga de la prueba, acreditar que médicamente los hechos imputados han interferido negativamente en la evolución del proceso clínico del trabajador prolongando indebidamente el periodo de permanencia.

**2ª.-** Si el Juzgado de lo Social o el TSJ, partiendo de los hechos alegados y acreditados en el procedimiento de despido, simplemente entienden que el derecho fundamental lesionado con la extinción contractual no es el invocado por el trabajador expresamente en la demanda, sino otro distinto, no cabe hablar de incongruencia *extra petita*, sino de simple resolución conforme a las normas jurídicas vigentes aplicables, ya que los hechos alegados seguirán siendo los mismos y el fundamento de derecho y pretensión de la demanda (que el despido es nulo porque se ha producido con vulneración de derechos fundamentales) no sufriría una alteración significativa, ni se podría causar indefensión a ninguna de las partes, porque las reglas de la carga de la prueba no varían en función del derecho fundamental lesionado (art. 96.1 LRJS).

**3ª.-** Con mayor razón cuando el despido se repute nulo, adquiriendo tal calificación de forma directa y automática, por encontrarse en alguno de los supuestos de hecho que recoge el ET (art. 55.5), como ha acontecido en el caso examinado al producirse el cese tras el disfrute del permiso de paternidad y dentro del plazo de blindaje establecido por la norma estatutaria.



**4ª.-** Con independencia de que la extinción contractual tenía una causa real no relacionada con las previas reclamaciones del trabajador (inexistencia vulneración garantía de indemnidad) ni con su estado de baja médica de corta duración (ausencia lesión derecho a la igualdad por discapacidad), lo cierto es que cuando se produce el despido el trabajador estaba en situación de blindaje, tras el permiso de paternidad, lo que conllevaba a que el cese solo pudiese ser calificado de procedente o nulo, nunca de improcedente. Y, como hemos visto, los hechos imputados y acreditados en sede judicial no revestían a juicio de dicho tribunal, ni la gravedad ni la culpabilidad suficientes para ser merecedores de la máxima sanción disciplinaria.

Puede ver la Sentencia en el siguiente [enlace](#).

Para más información, puede contactar con:

[Alfredo Aspra](#) | Socio de Andersen  
[alfredo.aspra@es.Andersen.com](mailto:alfredo.aspra@es.Andersen.com)

[José Antonio Sanfulgencio](#) | Of Counsel de Andersen  
[jose.sanfulgencio@es.Andersen.com](mailto:jose.sanfulgencio@es.Andersen.com)

Los comentarios expuestos contienen aspectos informativos, sin que constituyan opinión profesional o asesoramiento jurídico alguno, no incluyendo necesariamente opinión de sus autores. Si está interesado en obtener información adicional o aclaración sobre el contenido, puede ponerse en contacto con nosotros en el número de teléfono 917 813 300 o bien mediante correo electrónico a [communications@esAndersen.com](mailto:communications@esAndersen.com).

