

LA “POLÍTICA EMPRESARIAL” DE DESPEDIR A LOS TRABAJADORES ENFERMOS VULNERA EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2021 (Nº REC. 2943/2021)¹

Josep Moreno Gené²
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

Abstract

De todos los argumentos invocados para conseguir que el despido sin causa del trabajador enfermo sea declarado nulo, la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 aborda la posible vulneración que dichos despidos pueden suponer de la Directiva/78/CE, pero muy especialmente, la posible vulneración que dichos despidos pueden comportar del derecho constitucional a la integridad física previsto en el artículo 15 CE.

Of all the arguments invoked to ensure that the dismissal without cause of the sick worker is declared null, the STSJ of Catalonia of September 14, 2021 addresses the possible violation that such dismissals may entail of Directive/78/EC, but very especially, the possible violation that such dismissals may entail of the constitutional right to physical integrity provided for in article 15 CE.

Title: The “company policy” to fire sick workers violates the right to physical integrity. Commentary on the judgment of the Superior Court of Justice of Catalonia of September 14, 2021 (rec. no. 2943/2021)

Palabras clave: enfermedad, despido, discriminación, integridad física
Keywords: illness, dismissal, discrimination, physical integrity

IUSLabor 3/2021, ISSN 1699-2938, p. 176-205
DOI. 10.31009/IUSLabor.2021.i03.07

Fecha envío: 6.11.2021 | Fecha aceptación: 22.11.2021

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades que lleva por título “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar”.

² El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Cataluña “Social and Business Research Laboratory” (Serla). Ref. 2017 SGR 1572.

Sumario

1. La nulidad del despido sin causa de trabajadores enfermos: el debate continúa
2. La STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021
 - 2.1. La cuestión litigiosa y la solución de instancia
 - 2.2. La respuesta en suplicación: razonamientos jurídicos y fallo
3. El despido sin causa del trabajador enfermo debe ser declarado nulo si es fruto de la “política de empresa”
4. Bibliografía

1. La nulidad del despido sin causa de trabajadores enfermos: el debate continúa

Desde que la reforma laboral del año 1994 suprimiera como causa de nulidad del despido el efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo cuando el mismo no resultaba procedente, nunca ha dejado de mantenerse una cierta controversia sobre la calificación jurídica que debe merecer el despido sin causa legal del trabajador enfermo, es particular, sobre si el mismo todavía puede seguir siendo calificado como nulo o sí, por el contrario, debe ser calificado necesariamente como improcedente³.

A tal efecto, tras la citada reforma normativa, numerosas resoluciones judiciales de instancia y de suplicación siguieron calificando como nulos los despidos de los trabajadores enfermos que no estuvieran amparados en una causa legal, por considerarlos discriminatorios. A tal efecto, entre otros argumentos, se mantenía que la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral deberían ser considerados con carácter general un factor de discriminación incardinable en el artículo 14 CE.

Este planteamiento, sin embargo, no fue secundado por el Tribunal Supremo que vino a considerar que *“la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la*

³ Vid., entre otros muchos, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia, “El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 51, 2018; AZAGRA SOLANO, Miguel, “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2011; CARRIZOSA PRIETO, Esther, “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por ejercicio de derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, nº 96, 2008; FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belen, “La salud del trabajador como causa de discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014; GINÉS FABRELLAS, Anna, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, nº 18, 2010; GORDO GONZÁLEZ, Luís, “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”, *Aranzadi Social*, nº 24, 2011; GUALDA ALCALÁ, Francisco José, “La calificación del despido por razón de la enfermedad del trabajador simplemente improcedente, o nulo por lesivo de derechos fundamentales” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1988, de 26 de mayo), *Revista de Derecho Social*, nº 42, 2008; MONTOYA MELGAR, Alfredo, “¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 143, 2009; RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, Rosa, “La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 196, 2017; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales*, nº 20, 2008; SERRANO ARGÜELLO, Noemí, “Trabajador despedido y enfermedad: cuando el derecho se aleja de la justicia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 18, 2008; TOLEDO OMS, Albert, *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008 y VELASCO PORTERO, María Teresa, “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, 2014.

*empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”*⁴.

En consecuencia, el Alto Tribunal ha sido muy reacio a calificar estos supuestos como nulos, calificándolos, por el contrario, como improcedentes cuando no quede acreditada la causa del despido, con excepción de aquellos supuestos en que la enfermedad esté vinculada con algún factor discriminatorio, a saber, el sexo o la discapacidad, o con algún derecho fundamental. Este posicionamiento, a su vez, ha quedado convalidado constitucionalmente, por no considerarse que se oponga al artículo 14 CE la opción legislativa de considerar improcedente y no nula la extinción del contrato de trabajo del trabajador enfermo si su dolencia no se encuentra entre las estigmatizadas socialmente, aunque pueda tratarse de una enfermedad crónica⁵.

Esta doctrina se mantuvo prácticamente inalterada hasta que han irrumpido en este debate diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A tal efecto, estas resoluciones judiciales procedieron a ampliar el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE), al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –curables o no- generen limitación en el trabajo. A partir de estas consideraciones, el despido del trabajador enfermo podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el citado artículo 2.2.b, cuando establece que “*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas*”⁶.

⁴ Vid. STS de 29 de enero de 2001 (nº rec. 1566/2000), STS 23 de septiembre del 2002 (nº rec. 449/2002), STS de 12 de julio de 2004 (nº rec. 4646/2002), STS de 23 de mayo de 2005 (nº rec. 2639/2004), STS de 22 de noviembre de 2007 (nº rec. 3907/2006), STS de 11 de diciembre de 2007 (nº rec. 4355/2006), STS de 18 de diciembre de 2007 (nº rec. 3995/2006), STS de 13 de febrero de 2008 (nº rec. 4738/2006), STS de 22 de septiembre de 2008 (nº rec. 3591/2006), STS de 27 de enero de 2009 (nº rec. 4738/2006), etcétera.

⁵ Vid. STC 62/2008, de 26 de mayo.

⁶ Vid., por todos, SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866, 2013, que ya muy pronto puso de manifiesto que tras la nueva doctrina del TJUE “*un despido basado en la alteración de la salud padecida ya no será improcedente sino nulo; la extinción por causas objetivas (si las ausencias intermitentes traen su causa de la enfermedad asimilada) puede merecer esta misma consideración (...)*”. Vid. ampliamente en MORENO GENÉ, Josep, “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 17, 2018, p. 189 a 214.

Pero este recurso a la discriminación por discapacidad como vía para conseguir la declaración de nulidad de los despidos de los trabajadores con una enfermedad asimilable a la discapacidad, no ha sido la única invocada para alcanzar este loable objetivo, sino que, por el contrario, cabe destacar que en muy pocas ocasiones se ha acudido a una variedad tan grande de argumentos jurídicos para conseguir este mismo fin, es decir, que los despidos sin causa legal de los trabajadores enfermos sean declarados nulos. Pese a ello, cabe lamentar que actualmente aún sigue manteniéndose, con carácter general, la calificación de los mismos como meros despidos improcedentes.

A tal efecto, los despidos sin causa de los trabajadores enfermos se han visto sistemáticamente atacados no únicamente por oponerse a lo preceptuado por la Directiva 2000/78/CE, sino también por considerarse contrarios a la normativa internacional, en particular, a lo previsto por el Convenio nº 158 OIT⁷, y a la propia Constitución Española -derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), pero también, a la integridad física (artículo 15 CE), a la salud (artículo 40.2 CE) y al trabajo (artículo 35.1 CE)-⁸.

A pesar de ello, como se acaba de indicar, salvo algunas raras excepciones, los despidos sin causa de los trabajadores enfermos parecen salir siempre airosos de todos y cada uno de estos embates jurídicos planteados.

De todos los argumentos invocados para conseguir que el despido sin causa del trabajador enfermo sea declarado nulo, la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021), objeto de este comentario, se detiene no únicamente en la vulneración que dichos despidos pueden suponer de la Directiva/78/CE, sino muy especialmente, en la posible vulneración que pueden comportar estos despidos de diferentes preceptos constitucionales que amparan la salud del trabajador, en concreto, el artículo 15, según el cual, “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física*”, pero indirectamente también, del artículo 40, que reconoce el derecho a la “*seguridad e higiene en el trabajo*” y del artículo 43, que “*reconoce el derecho a la protección de la salud*”.

Resulta evidente que únicamente el “*derecho a la vida y a la integridad física*” se configura como un derecho fundamental cuya vulneración podría justificar la nulidad de los despidos sin causa de los trabajadores enfermos, pero la íntima relación existente entre

⁷ Vid. MORENO GENÉ, Josep, “El recurso al convenio 158 OIT como límite al despido por absentismo del trabajador enfermo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y de la Seguridad Social, Madrid, 2019.

⁸ Vid. MORENO GENÉ, Josep, “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección Social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Pamplona, 2014.

este derecho y los derechos a la protección de la salud reconocidos al trabajador hacen necesario que los mismos sean considerados de un modo conjunto⁹.

A tal efecto, cabe considerar que el despido sin causa del trabajador enfermo podría ser contrario al derecho a la integridad física y a la salud de los trabajadores reconocidos en el artículo 15 y 43 CE, por configurarse como un instrumento de disuasión y/o de coacción del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a ser reconocido en situación de incapacidad temporal el tiempo necesario para la curación o mejora de su enfermedad y, en consecuencia, debería ser declarado nulo¹⁰.

En este punto, podría mantenerse, incluso, que no fuera necesario que se ponga en peligro grave y cierto la continuación del tratamiento sanitario, ni la salud del trabajador, sino que podría bastar con introducir en el razonamiento el concepto de riesgo, a saber, ¿si puede el riesgo de ser despedido por la enfermedad incitar al trabajador a interrumpir su proceso de curación, o a no iniciarlo para no perder el empleo?; ¿si el despido puede suponer un riesgo para la condición física o psíquica del trabajador enfermo, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a no iniciar o interrumpir la curación, esto es, el proceso de recuperación de su salud?; ¿si puede el miedo al desempleo llevar al trabajador a no exteriorizar o explicitar la enfermedad, viéndose privado, como consecuencia de la injerencia empresarial en el disfrute del derecho a prevenir, tratar y luchar contra la enfermedad?, etcétera¹¹.

Veamos a continuación de qué manera la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aborda y resuelve esta cuestión, es decir, si los despidos sin causa de los trabajadores enfermos pueden vulnerar el derecho fundamental a la integridad física previsto en el artículo 15 CE y, por este motivo, los mismos deberían ser declarados como nulos y no meramente improcedentes.

⁹ Sobre esta íntima relación vid. STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (nº rec. 1309/2006) según la cual “*lo que es innegable es el nexo o engarce, no solo potencial, sino real, entre la enfermedad, causa del despido operado, y el derecho a la integridad física, contemplado en aquel precepto, el cual integra el derecho a la salud como derecho a no dañar o perjudicar la salud personal, en definitiva, la incolumidad corporal, así como el derecho a preservar esta incolumidad mediante la recuperación de la salud*”. Esta resolución, sin embargo, fue derogada por la posterior STS de 22 de septiembre de 2008 (nº rec. 3591/2008)

¹⁰ En esta dirección, CARRIZOSA PRIETO, Esther, “Despido por incapacidad temporal...” *ob cit.*, p. 282 y 283, indica que “*...cualquier conducta que obligue al trabajador a reincorporarse al puesto de trabajo o cualquier sanción que se imponga como consecuencia del ejercicio de los derechos que, en aras de preservar la salud e integridad del trabajador enfermo, le reconoce la normativa legal suponen un atentado contra el derecho a la integridad física y moral del trabajador*”.

¹¹ Véase este razonamiento en el voto particular que contiene la STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2007 (nº rec. 3100/2007).

2. La STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021

2.1. La cuestión litigiosa y la solución de instancia

La trabajadora había prestado sus servicios para la empresa MST ELECTRONICS desde el 17 de octubre de 2016 mediante un contrato para obra o servicio determinado, desarrollando funciones de gestora. El objeto de dicho contrato era de *“atención a llamadas, emisión de llamadas derivadas de alguna gestión, gestión de mails y otras tareas administrativas”* para el servicio ABB SAIC para el cliente ASEA BROWN BOVERI.

Durante la vigencia del contrato, la trabajadora ha estado en situación de incapacidad temporal durante los siguientes periodos de tiempo: del 25 de abril de 2017 al 26 de abril de 2017; del 10 de julio de 2017 al 19 de julio de 2017; del 20 de noviembre de 2017 al 22 de noviembre de 2017; del 3 de enero de 2018 al 10 de enero de 2018; del 26 de marzo de 2018 al 28 de marzo de 2018; del 29 de mayo de 2018 al 31 de mayo de 2018; del 1 de junio de 2018 al 26 de junio de 2018; del 8 de octubre de 2018 al 9 de octubre de 2018 y del 10 de diciembre del 2018 al 20 de diciembre de 2018.

En fecha de 20 de diciembre de 2018, encontrándose la trabajadora en situación de incapacidad temporal, se le comunica su despido disciplinario en base a que *“desde su incorporación en la empresa, se ha detectado que su rendimiento ha decaído considerablemente y de manera voluntaria”*.

La trabajadora presenta las siguientes patologías: Espondilolistesis por espondilosis en el segmento L5-S1, con compromiso de ambos forámenes de conjugación y hernia discal C4-C5.

La trabajadora no se ha sometido a los reconocimientos médicos programados por la empresa.

El responsable directo de la trabajadora puso en conocimiento de su encargada, que la trabajadora tenía problemas de espalda y que ésta era la causa de sus diversas bajas médicas.

La representante de la empresa MST ELECTRONICS, en las reuniones de trabajo que tenían lugar con la mercantil ABB, manifestó a un empleado de ésta que a la actora la habían despedido porque tenía muchas bajas, y que ésta era la política de empresa.

Disconforme con el despido disciplinario efectuado por la empresa, la trabajadora plantea demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad, o subsidiariamente, la improcedencia del referido despido, con el derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios, en el supuesto de declararse la nulidad del despido.

Frente a dicha pretensión, la sentencia dictada en instancia entiende que no han quedado suficientemente acreditados hechos que puedan sustentar la nulidad del despido, pero también entiende que no existe causa alguna que justifique el despido, razón por la que estima parcialmente la demanda y declara la improcedencia del despido. A lo cual cabe añadir, además, que el contrato de trabajo de obra o servicio determinado formalizado con la trabajadora es calificado por el magistrado de instancia como celebrado en fraude de ley, por no darse el requisito de autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad ordinaria de la empresa que es requerido por el artículo 15.1.a) ET.

2.2. La respuesta en suplicación: razonamientos jurídicos y fallo

Frente a la sentencia dictada en instancia, la trabajadora plantea el correspondiente recurso de suplicación, insistiendo en que se declare la nulidad del despido, alegando para ello discriminación por razón de discapacidad, a lo que de nuevo se opone la empresa.

Para la resolución de este supuesto, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sistematiza de forma exhaustiva la ya abundante doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre enfermedad y discapacidad. Del análisis de dicha jurisprudencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña obtiene las siguientes conclusiones:

“1. La enfermedad por si misma, en el ordenamiento jurídico español vigente en la actualidad, tan solo es causa de improcedencia del despido y no de nulidad, en la medida en que dicha situación no está incluida entre los elementos de discriminación establecidos por la ley; para que la enfermedad pueda ser base para sustentar la nulidad debe constituir un elemento de estigmatización o segregación de quienes la padecen respecto al resto de quienes prestan servicios en el mismo centro empresa.

2. En los supuestos en los que la actuación de la empresa, por medio de amenazas o puesta en práctica de decisiones de praxis empresarial constante que estigmatice o segregue a quienes estén en situación de enfermedad o de incapacidad temporal, dicha actuación puede ser vulneradora del derecho a la integridad física de las personas que para ella presten servicios - artículo 15 CE- y, consecuentemente un despido que afecte

a alguna de aquellas, con fundamento real o formal en la enfermedad, merecerá la calificación de nulidad.

3. La situación de incapacidad temporal sin más elementos tampoco equivale a discapacidad (" El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas", STJUE Daouidi).

4. Puede producir discriminación la enfermedad que implique discapacidad. Para que la enfermedad implique discapacidad y, en consecuencia, nulidad del despido, es preciso que sea de larga duración, que sea conocida por la empresa y que se sitúe como causa de la extinción del contrato; el conocimiento debe alcanzar la duración, pasada o previsible de la enfermedad, y la gravedad de la misma, es decir su diagnóstico.

Como hemos señalado en nuestra sentencia 4819/2020, de 5-11-2020, recurso 2650/2020, de lo anterior cabe llegar a la conclusión de que son posibles dos escenarios: por un lado, aquellos supuestos que entre la baja y el acto extintivo haya transcurrido un plazo suficiente para poderse efectuar una asimilación con la baja (supuesto "constatación de pasado"); por otro, aquellos en los que, a pesar de no haber transcurrido un tiempo significativo, la patología concurrente, por los conocimientos médicos que se tienen, determinan la certeza de que la duración de la incapacidad temporal será de larga evolución (supuesto "previsión de futuro"). Sin embargo, como fácilmente se puede comprender, esta doctrina comunitaria comporta dos nuevos problemas hermenéuticos:

a) uno cuantitativo (cuánto tiempo es larga duración); y

b) otro subjetivo (esencialmente: el conocimiento por el empresario de la enfermedad o su duración).

En el caso de despido por discapacidad por enfermedad de larga duración del escenario antes calificado "de pasado" que se deriva de la STJUE Dauoidi no presenta excesivas dificultades probatorias.

Ahora bien, en el caso de enfermedades de larga duración "de futuro", como hemos dicho caso, es preciso acreditar que la empresa tenía conocimiento previo de la patología concurrente, dado que difícilmente se puede discriminar a alguien si se desconoce cual

es la enfermedad y, por tanto, su posible duración. Sirva como ejemplo de la anterior reflexión la lógica aplicable a las trabajadoras embarazadas en caso de despidos. Conforme a la doctrina constitucional (STC 41/2002, de 25 de febrero) no es posible concluir que concurre una discriminación por razón de sexo si no se acredita que la empresa era conocedora del embarazo.

Pero no ocurre así en el caso del despido objetivamente nulo del artículo 55.5 b) ET, dado que dicho precepto es una mejora de lo previsto en las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, como una especie de acción positiva que el legislador español ha establecido, por lo que la simple situación de embarazo determina dicha nulidad por simple legalidad y no por vulneración de normas constitucionales, aunque el empleador lo desconozca. Pues bien, en materia de no discriminación por discapacidad la normativa española -a diferencia de otras experiencias del ordenamiento comparado- no ha establecido ningún tipo de tutela específica, más allá de la no discriminación. Por eso en supuestos como el presente (reiteramos: escenarios antes caracterizados como "de futuro") es imprescindible que la parte actora pruebe en forma fehaciente (o al menos, aporte elementos fácticos sobre los que construir una presunción judicial) del conocimiento empresarial de la enfermedad.

3. El análisis de la posible nulidad debe realizarse con referencia al momento en que se toma la decisión del despido (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 29; Daoudi).

4. La duración de la enfermedad, para que pueda ser considerada discapacitante, debe ser considerable y acercarse o superar la duración máxima de la incapacidad temporal, sin que la posterior declaración de incapacidad permanente implique incidencia alguna en la decisión, dado que era desconocida en el momento de la decisión. La sentencia C-395/15, de 12-1-2016, Daouidi v. España, analiza la inclusión en la definición discapacidad de la expresión "larga duración" y establece los siguientes criterios:

a) la determinación del ámbito temporal nace a partir del acto discriminatorio (por lo tanto, el despido, apartado 53 de la sentencia);

b) lo que determina la equiparación a discapacidad de larga duración es el carácter duradero de la enfermedad y no la incertidumbre de la duración;

c) procede valorar en cada caso las perspectivas de no curación a corto plazo o la posibilidad de que, conforme a los conocimientos médicos, la curación sea a largo plazo.

5. *Conviene recordar que, si bien el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación están regulados en el artículo 14 CE, no son idénticos, dado que aquel primero opera en el ámbito de la norma (igualdad ante la ley, en el contenido de la ley y en la interpretación de la ley), mientras que el segundo extiende sus efectos también en el ámbito contractual y sólo es postulable en relación a los colectivos que, por motivos históricos han sufrido situaciones peyorativas. El derecho a la igualdad consiste en no ser tratado en forma diferente; el derecho a la no discriminación, es el derecho a ser tratado igual. Y como es notorio, entre los colectivos especialmente protegidos en el artículo 14 CE se encuentran las personas con discapacidades, tras la entrada en vigor de la Directiva 2000/78, transpuesta al ordenamiento interno por las Leyes 51/2003 y 62/2013 (actualmente, el RD Legislativo 1/2013).*

Pues bien, en el caso de que el pleito verse sobre el derecho a la no discriminación la parte actora tiene una serie de cargas, anteriores a la inversión de las reglas de la carga de la prueba.

En primer lugar, procederá acreditar su inclusión en alguno de los colectivos especialmente protegidos de los artículos 14 CE y 17 ET, en este caso en el de personas discapacitadas: para ello deberá apuntarse a la larga duración y al conocimiento de las circunstancias por la empresa.

En segundo lugar, habrá que superar el denominado juicio de comparación, por tanto, la existencia de un trato peyorativo respecto a situaciones o colectivos asimilables, es decir, a quienes no acrediten discapacidad.

En tercer lugar, una vez se ha superado este, deben ser aportados indicios relativos a que el trato diferenciado tiene relación con una discriminación, en este caso la discapacidad: Indicios, en el sentido de sospechas razonables sobre el nexo de causalidad entre el trato diferenciado y la pertenencia a los colectivos protegidos por las normas de protección de la discapacidad.

Sólo cuando se han superado estos pasos procesales opera la inversión de las reglas de la carga de la prueba”.

A partir de estas premisas, la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021) pasa a aplicar esta doctrina al caso concreto, concluyendo al respecto que no nos encontramos ante un supuesto de discriminación por discapacidad, en tanto que la enfermedad analizada en el presente caso “no comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales

o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (TJUE, C.-13/2005, Chacón Navas)”, ni tampoco “una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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 (TJUE, C-397/18, DW contra Novel Plastiques Ibérica, párrafo 41)”.

A criterio del Tribunal, la trabajadora despedida no tuvo ninguna diferencia, ni siquiera dificultad, en el desempeño de su trabajo que implicase un trato –o una situación- distinto y diferenciado del que recibían las demás personas del centro de trabajo, y ni siquiera se puede afirmar que tuviera dificultades excepcionales para el desarrollo del mismo, máxime una vez reconocido que su trabajo no era el de teleoperadora, sino de gestora, lo que aumenta considerablemente su capacidad de adaptación postural al puesto de trabajo al estar menos sujeta al lugar concreto de su puesto de trabajo y teléfono para contestar las llamadas de clientes.

Por todo ello, el Tribunal concluye que no concurriendo los requisitos que exige el TJUE en el asunto Daouidi, no puede concluirse que nos encontremos en presencia de un despido discriminatorio por razón de discapacidad.

Ahora bien, una vez descartada por la mayoría de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la nulidad del despido de la trabajadora por considerar que no podía ser calificado como discriminatorio por razón de discapacidad, el Tribunal se plantea, por iniciativa propia y en tanto que órgano tutelador de los derechos fundamentales, la posibilidad de que el despido de la referida trabajadora pueda suponer una vulneración de derechos fundamentales.

En este punto, el Tribunal vuelve a recordar la ya consabida doctrina del Tribunal Supremo de que la mera situación de enfermedad no comporta la calificación del despido como nulo, por cuanto que esta condición de enfermo no está contemplada en el listado de supuestos de discriminación y que dicho despido no es lícito, pero no está contemplado como causa de nulidad, por lo que debe declararse la improcedencia. Razonamiento que se encuentra reforzado, a su vez, por la reciente derogación de la posibilidad de extinción del contrato por ausencias al trabajo prevista en su momento en el artículo 52 d) ET.

Pese a ello, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acude a la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, mediante la que se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad frente al hoy derogado artículo 52 d) ET, en la que se indica que

“[e]n la STC 160/2007, de 2 de julio, FJ2, que cita a su vez la doctrina sentada en la precedente STC 62/2007, de 27 de marzo, se señala que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ6, y 5/2002, de 14 de enero, FJ4)”. Esta última concreción de la tutela propia de la integridad personal, en consecuencia, no implica situar en el ámbito del artículo 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que, en abstracto, apriorística o hipotéticamente, pudiera estar contraindicada para la salud. Supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora, en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral, podría comportar en ciertas circunstancias un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, como precisó la propia STC 62/2007, de 27 de marzo, tal actuación u omisión “podría afectar al ámbito protegido por el artículo 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial, pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para esta...”. Precisamente por esta razón se recuerda que el mismo Tribunal Constitucional ha señalado también en su sentencia 62/2007, que “para apreciar la vulneración del artículo 15 CE en estos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (...)”.

En suma, según doctrina del Tribunal Constitucional una determinada actuación empresarial en relación con las bajas por enfermedad del trabajador solo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el artículo 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse; es decir, cuando se genera un peligro grave y cierto para la salud del afectado (STC 220/2005).

En aplicación de esta doctrina constitucional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña concluye que la actuación de la empresa constituye una vulneración del derecho a la integridad física, prevista en el artículo 15 CE, por cuanto que “una “política de empresa” (...) tendente a despedir a alguien que ha estado a menudo en situación de incapacidad temporal es un factor de segregación de quienes se vean en la necesidad de situarse en tal estado, en la medida en que es una amenaza genérica y-a la vez directa-, claramente disuasoria para las personas trabajadoras de hacer uso del derecho fundamental a proteger su propia integridad física, y concurre un afectación negativa a la salud de los trabajadores, en la medida en que siendo ello público las personas que están enfermas

difícilmente cogerán una baja por incapacidad temporal, porque corren el riesgo de ser despedidas”.

En este punto, el Tribunal distingue entre una actuación empresarial que consista en un hecho aislado, por ejemplo, si se despide a alguien que está de baja por enfermedad, por tal razón sin mayor extensión ni explicación, que no implica vulneración de derecho fundamental, del supuesto en que esta actuación se convierte en “política de empresa” y se practica con carácter general, en cuyo caso, se convierte en un ataque directo al derecho de las personas trabajadoras reconocido por la citada previsión constitucional, que, por lo demás, tiene su expresión directa en el mundo del trabajo en el artículo 4.2 d) ET¹².

A esta conclusión no se opone el hecho de que en el supuesto enjuiciado no conste que la empresa haya despedido a trabajadores enfermos en otros supuestos, pero ello, a criterio del Tribunal, se encuentra compensado por el hecho de que el representante de la empresa haya reconocido que el despido de la trabajadora se debía a sus múltiples bajas y que esta era la política de la empresa.

Por todo lo expuesto, el Tribunal dictamina que el despido de la trabajadora supone una vulneración de su derecho a la integridad física, en tanto que *“la empresa no acepta mantener el contrato de trabajo a personas que estén, hayan estado o puedan estar enfermas”* y, en consecuencia, debe declararse la nulidad del mismo con los efectos jurídicos que de dicha declaración se derivan, imponiéndose a la empresa, además, una indemnización por daños y perjuicios por valor de 18.177,05€.

3. El despido sin causa del trabajador enfermo debe ser declarado nulo si es fruto de la “política de empresa”

Como se acaba de exponer, la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021), objeto de este comentario, tras descartar que nos encontremos ante un supuesto de nulidad del despido por considerarlo discriminatorio por razón de

¹² Esta distinción ha sido criticada por ROJO TORRECILLA, Eduardo *“La empresa a la que no le gustaba que su personal estuviera de baja... y por ello procedía a su despido (y la importancia de los hechos probados). Notas a la sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021”*, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 16.10.2021 (disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/la-empresa-la-que-no-le-gustaba-que-su.html>), al considerar que *“más discutible (...) es la afirmación de que de tratarse la decisión empresarial de “un hecho aislado” no implicaría la vulneración del derecho fundamental, ya que la afectación al derecho a la salud de la persona trabajadora sigue existiendo. Me pregunto qué hubiera ocurrido, cuál hubiera sido el parecer de la Sala, si no hubiera quedado probada la afirmación de un alto responsable empresarial de ser la decisión adoptada con respecto a la trabajadora despedida “una política de empresa”, y si en tal caso, parece que sí, se hubiera mantenido la declaración de improcedencia”*.

discapacidad, llega por iniciativa propia al mismo resultado, es decir, el de la nulidad del despido sin causa de la trabajadora, pero en base a considerar que se ha producido la vulneración del derecho a la integridad física de la misma, consagrado en el artículo 15 CE, en tanto que se la despide porque la empresa no acepta mantener el contrato de trabajo a personas que estén, hayan estado o puedan estar enfermas.

La sentencia analizada se incardina, por tanto, en una corriente de opinión que aboga por considerar que los despidos sin causa de trabajadores enfermos pueden suponer una situación de amenaza o coacción dirigida a todos los trabajadores en general y a los enfermos en particular, que les disuada del ejercicio de un derecho tan elemental, ya se encuentre reconocido en el artículo 15 y/o en el artículo 43 CE, como es el derecho de ser reconocido en situación de incapacidad temporal en caso de enfermedad el tiempo necesario para la curación o mejora de su enfermedad y, en consecuencia, se mantiene que la vulneración de este derecho debería desencadenar la nulidad del despido¹³.

En esta dirección ya se pronunció hace algún tiempo de forma contundente la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (nº rec. 1309/2006) al establecer que *“reconocido explícitamente el derecho a la salud, a la integridad física, como valor directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar un impacto adverso, una consecuencia perjudicial. El trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud, no puede sufrir un acto de represalia por el empresario, manifestado en el despido, pues mal podría ser efectivo el derecho a preservar y recuperar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa”*.

Esta argumentación encuentra apoyo, incluso, en la propia doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencia de 31 de enero de 2011 (nº rec. 1532/2010), que conoce del recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (nº rec. 136/2009), que declara la nulidad de un despido por parte de una empresa que actúa como *“práctica habitual”, “coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su*

¹³ En esta dirección, si bien, en relación con la derogada causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *“La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario”*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 370, 2014, p. 189, indicaba que la reforma de la causa de extinción del contrato recogida en el artículo 52 d) ET llevada a cabo en el 2012 *“ha introducido una gran presión en los trabajadores que, temerosos de verse afectados por esta sanción, deciden presentarse en las empresas aunque estén enfermos –“síndrome o riesgo de presentismo laboral”*”.

puesto de trabajo (...) cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo”, coacción que se vincula a la advertencia de adoptar “el despido para el caso de no aceptar la propuesta”.

Frente a este comportamiento empresarial, la citada STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (nº rec. 136/2009), pone de manifiesto *“la radical diferencia entre el supuesto que nos ocupa y (...) aquellos despidos en los que el trabajador está de baja, aun cuando existan indicios de que la situación de incapacidad temporal es la verdadera causa del despido”, no en vano, “en estos casos no existe un ataque a la integridad física, pues el trabajador continúa con su derecho a estar en incapacidad temporal y disfrutando de su derecho a la asistencia médica, farmacéutica y de prestaciones que sustituyen el salario”. A partir de esta premisa concluye que “en esta advertencia de sufrir un mal si no se pliega a los deseos del empresario de la que es víctima el actor se persigue doblegar la voluntad contraria del trabajador para que abandone el disfrute de un derecho como es el estar amparado por la Seguridad Social en una situación de necesidad, derivada de su falta de salud, esto es, la asistencia sanitaria, protección por estar incapacitado para el trabajo. No se puede pedir una mayor gravedad en la actuación empresarial para encuadrarla como vulneración del derecho a la integridad física y moral, por cuando el alcance de las consecuencias se presume ante la entidad del hecho; amenazar con el despido si no se abandona la protección de la salud que le brinda el sistema público, cuyos facultativos juzgaban necesaria la permanencia en la repetida protección”.*

La STS de 31 de enero de 2011 (nº rec. 1532/2010) avalaría la citada interpretación al considerar que *“la amenaza de despido pone en juego no sólo la tacha de discriminación, sino la eventual lesión del derecho a la integridad física”, lo que le lleva a concluir que “la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional”.*

Esta interpretación del Tribunal Supremo resultaba ciertamente novedosa, no en vano, en las escasas sentencias –STS de 22 de noviembre de 2007 (nº rec. 3907/2006) y 22 de septiembre de 2008 (nº rec. 3591/2008)- en las que la Sala de lo Social había tenido la oportunidad de abordar la denuncia de la infracción del artículo 15 CE, vinculándose el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física, se había indicado que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, *“al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”, lo que se consideraba que únicamente guardaba una relación incidental con el supuesto*

decidido, en el que lo que estaba en juego no era tanto el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, intocadas por el despido, sino más bien el derecho al trabajo. Este aparente cambio de criterio del Tribunal Supremo se basa en que, en los supuestos enjuiciados, el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la enfermedad del trabajador, pero no una coacción o amenaza dirigida a que el trabajador abandonara el tratamiento médico que se le había impuesto, que es precisamente lo que sucede en el supuesto enjuiciado por la referida STS de 31 de enero de 2011 (nº rec. 1532/2010) en que sí se ha producido esta coacción.

Este criterio encuentra, a su vez, un cierto apoyo en la doctrina sobre la integridad física elaborada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus sentencias 62/2007, de 27 de marzo y 160/2007, de 2 de julio, según la cual, *“el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal”*, sin perjuicio de que *“no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”*. Cabe recordar, sin embargo, que esta doctrina se ha elaborado en relación con la materia de seguridad y salud en el trabajo, de modo que el Tribunal Constitucional aprecia vulneración del derecho a la vida e integridad física porque el empleador asigna al trabajador una actividad peligrosa que genera un riesgo grave para su salud al omitir las obligaciones de protección y prevención que le competen¹⁴.

Pues bien, en línea con la doctrina constitucional y la jurisprudencia y doctrina judicial expuestas, la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021) considera que en el supuesto enjuiciado sí nos encontramos ante un comportamiento empresarial que vulnera el derecho a la integridad física de la trabajadora enferma despedida reconocido en el artículo 15 CE, por cuanto que en este supuesto se identifica *“una “política de empresa” (...) tendente a despedir a alguien que ha estado a menudo en situación de incapacidad temporal”*.

Para el Tribunal no cabe duda que con esta política empresarial se instaura una amenaza genérica y a la vez directa, claramente disuasoria para las personas trabajadoras de hacer uso del derecho fundamental a proteger su propia integridad física, con la consiguiente afectación que ello supone para la salud de los trabajadores, en la medida en que siendo

¹⁴ Vid. sobre el limitado alcance de esta doctrina, GOÑI SEIN, José Luís, “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, *Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 2014, p. 35 y ss. El autor considera que *“la doctrina constitucional presenta perfiles todavía oscuros e inciertos, puesto que no parecen suficientemente delimitados los términos de omisión de las medidas de seguridad susceptibles de integrar el supuesto de vulneración del derecho fundamental a la vida e integridad física ex artículo 15 CE”*.

ello público las personas que están enfermas difícilmente cogerán una baja por incapacidad temporal, porque corren el riesgo de ser despedidas.

Por tanto, aunque en la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (2943/2021) no se percibe con la misma virulencia que en la STS de 31 de enero de 2011 (nº rec. 1532/2010) la presión para que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo, abandonando su situación de baja por enfermedad y, por consiguiente, el tratamiento médico que le ha sido prescrito, en cuyo caso no cabe duda que nos encontramos ante una práctica que constituye un riesgo cierto y grave o peligro concreto para el trabajador¹⁵, es cierto que la constatación de una “política de la empresa” consistente en despedir a los trabajadores que acumulan bajas laborales por enfermedad constituye también una gran presión para que los trabajadores no se acojan a las bajas laborales por enfermedad a las que tienen derecho y, por tanto, no puedan seguir los tratamientos médicos prescritos al efecto, especialmente en un contexto de altas tasas de desempleo como es el actual. Por ello, cabe concluir que estas prácticas ponen en riesgo la salud de los trabajadores y, por tanto, dicha actuación empresarial debe ser calificada también como lesiva para el derecho fundamental a la integridad física de los trabajadores previsto en el artículo 15 CE.

En este punto, sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña lanza una especie de aviso a navegantes, cuando diferencia entre aquellos despidos de trabajadores en baja por enfermedad, sin otros elementos concurrentes, en cuyo caso, no se produce lesión de derecho fundamental alguno y aquellos supuestos en que por ser estos despidos de trabajadores enfermos “política de empresa” y, por tanto, tener una afectación general, se convierte en un ataque directo al derecho de las personas trabajadoras a su integridad física reconocido en el artículo 15 CE. Únicamente estos últimos despidos podrán ser calificados como nulos, con los trascendentales efectos que se derivan de esta declaración.

Siendo tan trascendental la diferencia de tratamiento que se dispensa a aquellos despidos sin causa de trabajadores enfermos –que podemos denominar despidos ordinarios- en los que no concurren otros elementos concomitantes, que son calificados como improcedentes, de aquellos despidos de trabajadores enfermos que por responder a una “política de empresa” constituyen una vulneración del derecho a la integridad física de los trabajadores –que podemos denominar especialmente cualificados-, que deben ser calificados como nulos, resulta del todo punto trascendente determinar cómo se puede

¹⁵ Vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Cal” y “arena”: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona). Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre”, *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. CEF*, nº 464, 2021, p. 175.

acreditar si nos encontramos ante un tipo u otro de estos despidos sin causa de trabajadores enfermos.

En este punto, no cabe duda de que el elemento más relevante para proceder a dicha distinción debe ser la acreditación de que en una determinada empresa existen precedentes de despidos sin causa de trabajadores enfermos similares al que en aquel momento se esté enjuiciando, de lo que puede deducirse la existencia de una cierta práctica empresarial o política de empresa en esta dirección.

En esta dirección, para el supuesto enjuiciado por la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021), el Tribunal se encuentra ante la necesidad de justificar que, si bien no constan otros despidos de trabajadores enfermos por parte de la empresa, dicha circunstancia se encuentra compensada por el hecho de que el representante de dicha empresa reconociera que el despido de la trabajadora se debía a sus múltiples bajas y que esta era la política de la empresa¹⁶.

A tal efecto, no es la primera ocasión en que una resolución judicial se apoya en las declaraciones de los representantes empresariales para constatar la existencia de una práctica contraria a los derechos fundamentales. Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia del juzgado nº 33 de Madrid de 18 de noviembre de 2020 (nº rec. 323/2020), que concluye que el despido efectuado deber ser declarado nulo por discriminación por razón de edad, apoyando esta calificación fundamentalmente en las declaraciones del presidente de la compañía en las que se constataba que esta era la política de la empresa. Ahora bien, en este supuesto las declaraciones del presidente de la compañía venían

¹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi, “Nulidad por “política de empresa” dirigida a despedir injustificadamente a trabajadores de baja por incapacidad temporal (STSJ Cataluña 14/9/21)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 21.10.2021 (disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/10/21/nulidad-por-politica-de-empresa-dirigida-a-despedir-injustificadamente-a-trabajadores-de-baja-por-incapacidad-temporal-stsj-cataluna-14-9-21/>), se muestra crítico al respecto al considerar que “*precisamente, este factor (el hecho de que sólo se tiene constancia de una única extinción) es el que impide afirmar que, efectivamente, el modus operandi de la empresa es recurrente (y, por consiguiente, que sea una «política general»)*”. El autor mantiene que sería preferible “*exigir la concurrencia de algún elemento de carácter «objetivo», para constatar la existencia real de esta política general de la empresa, pues, es muy discutible que así sea, si sólo se ha dado un solo caso (y se tiene conocimiento de la misma de forma indirecta)*”. También crítico se muestra al respecto MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Cal” y “arena” ...” *ob cit.*, p. 175. A tal efecto, el autor indica que “*más dudas suscita –como advierte la propia sala de suplicación– el que no conste prueba objetivada suficiente sobre la que fundamentar su aplicación. En efecto, no consta en el proceso una prueba estadística sobre otras decisiones de despido del mismo tipo, sino solo una prueba testifical refleja o indirecta (casi actúa como «prueba de confesión», lo que es obvio no sucede, porque procede de una persona empleada), la citada afirmación del representante legal de la empresa, con una valoración de reprobación jurídico-social determinante de nulidad, a diferencia de la meramente «moral» de la instancia*”.

acompañadas de la extinción de cinco contratos de trabajadores que superaban los cincuenta años.

En todo caso, no cabe duda que no siempre podrá contarse con un reconocimiento expreso por parte de la representación empresarial de que es “política de empresa” el despido de aquellos trabajadores que acumulen muchas bajas laborales, por lo que, sin lugar a dudas, normalmente deberá estarse a los precedentes existentes en la empresa que permitan acreditar la existencia de esta práctica empresarial, es decir, deberá analizarse el despido de otros trabajadores enfermos y que acumulen muchas bajas laborales por incapacidad temporal.

Llama especialmente la atención el distinto tratamiento dispensado en estos supuestos de despido sin causa de trabajadores enfermos, del recibido por los despidos por ausencias del trabajador del artículo 52 d) ET, hasta el momento de la derogación de esta causa de despido, a pesar de que en no pocas ocasiones esta causa de extinción sirvió para que las empresas se pudieran desprender de aquellos trabajadores poco productivos por acumular sucesivas, aunque breves, bajas por enfermedad, constituyendo, estas prácticas una auténtica política empresarial.

No cabe olvidar al respecto que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 118/2019, validó hasta el último momento esta causa de despido, sin admitir que la misma pudiera suponer una vulneración del derecho a la integridad física del trabajador previsto en el artículo 15 CE¹⁷. A tal efecto, este Tribunal consideró que para que pudiera apreciarse la vulneración del artículo 15 CE sería necesario que se produjera una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador, lo cual no ocurría en el artículo 52 d) ET, puesto que de dicho precepto no podía deducirse que diera lugar a ninguna actuación empresarial de la que se derivara ese riesgo o se produjera ese daño, puesto que se limitaba a autorizar el despido para el caso de que se superara el número de

¹⁷ Vid. un comentario de esta sentencia en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La constitucionalidad del despido objetivo por excesiva morbilidad o sobre quién debe asumir el coste del absentismo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 226, 2019; GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel, “La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2019, de 16 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 441, 2019; MONEREO PÉREZ, José Luís y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE, 20 de enero)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 21, 2019 y MORENO GENÉ, Josep, “La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020.

faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado periodo de tiempo.

A partir de estas premisas, el Tribunal Constitucional mantuvo que era difícil encontrar una conexión directa entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que, al amparo del precepto legal cuestionado, había despedido a un trabajador con motivo del número de veces que en un determinado periodo de tiempo había faltado al trabajo por estar aquejado de una enfermedad de corta duración. A tal efecto, el Tribunal recuerda que en estos supuestos la causa del despido no es el mero hecho de estar enfermo el trabajador, sino la reiteración intermitente del número de faltas de asistencia al trabajo, justificadas o no, que hayan tenido lugar en un determinado período de tiempo – absentismo laboral-.

Todo ello permitió concluir al Tribunal Constitucional que *“debe entenderse que el artículo 52 d) LET no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente. La decisión de despedir a los trabajadores por superar un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado periodo de tiempo, conforme a lo previsto en el precepto cuestionado, no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en casos de enfermedades graves de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo que permite descartar que el artículo 52 d) LE pueda reputarse contrario al artículo 15 CE”*.

Por lo demás, esta solución dispensada por el Tribunal Constitucional a la cuestión planteada no constituyó una novedad, puesto que la misma ya se encontraba recogida en numerosas resoluciones judiciales. A título de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (nº rec. 7474/2012) ya indicaba que, a pesar de que exista una cierta conexión entre el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, ello no puede llevar a identificar o confundir ambos derechos. A tal efecto, la resolución mantenía que al trabajador que se halla de baja por incapacidad temporal, le asiste el derecho a no asistir de forma justificada a su puesto de trabajo, como también a recibir la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social que se le prescriba para su recuperación, pero, según la Sala, *“este derecho poco o nada tiene que ver con que esté ejercitando el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la Constitución, ni por lo tanto, cabe sostener que tal situación esté amparada por este precepto, aunque lo sea para luchar contra la decisión de la empresa de despedirlo”*.

A lo que la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña añadía que para considerar que se produce una vulneración de la integridad física del trabajador es

necesario que se pueda constatar una actuación empresarial de la que se derive un riesgo o produzca un daño a la salud del trabajador, lo cual nunca podrá tener lugar en un supuesto de un despido por ausencias del trabajador basadas en el artículo 52 d) ET, *“ya que es el legislador dentro de sus facultades el que ha decidido modificar dicho precepto para permitir a las empresas que puedan deshacerse de sus trabajadores que por las razones que fueren sin tener en cuenta la causa han estado en aquellas situaciones que no excepciona el párrafo segundo del artículo 52 d) TRET”*.

En definitiva, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (nº rec. 7474/2012) concluía que no era posible encontrar una conexión entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que despide a un trabajador con motivo del número de veces que en un periodo de tiempo había estado en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, pues, *“por un lado el despido es una conducta que no tiene repercusión física o material alguna sobre el trabajador, aunque sí pueda tenerla de orden moral (...) y por último, porque lo que hace el empresario es aprovechar una regulación que pretende sin más penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos para sus empresarios”*.

En este punto, parecía más acertada la doctrina contenida en el voto de la STC 118/2019 formulado por la magistrada Dña. María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, y al que se adhirió el magistrado D. Juan Antonio XIOL RIUS, en el que no se compartía la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad de la causa extintiva del artículo 52 d) ET con los derechos a la integridad física (artículo 15 CE) y a la salud (artículo 43.1 CE) de los trabajadores¹⁸.

A tal efecto, la magistrada no compartía que la libertad de empresa o la defensa de la productividad pudieran ser antepuestos al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores y a un valor tan esencial como es la protección de la salud humana, que tan directa relación presenta con los derechos del artículo 15 CE. A criterio de la magistrada no cabe duda que ello sucedería si se admite que puedan dar lugar a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas al amparo de dicho precepto aquellas ausencias justificadas derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración, incluso existiendo bajas médicas, no en vano, ello empujaría a los trabajadores a prescindir del cuidado de su salud para no faltar al trabajo, pudiendo esta circunstancia producir graves

¹⁸ RUIZ CASTILLO, María del Mar, “El despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en las reformas de 2012”, en *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, p. 366, llamaba la atención, en relación con el ya derogado despido por absentismo del trabajador del artículo 52 d) ET, que una jurisprudencia constitucional más sensible al derecho a la salud habría propiciado una corrección del dictado de esta causa objetiva, y su ponderación con la enfrentada libertad de empresa.

consecuencias para la salud del trabajador, aparte de ser susceptible también de generar serios riesgos de salud pública.

Estas consideraciones llevaban a la magistrada a preguntarse “¿*Qué es constitucionalmente más relevante entonces, la protección de la integridad física y de la salud individual así como de la salud pública o la defensa de la productividad de una empresa?*”. Para la magistrada no hay duda de que la respuesta a la pregunta planteada no podía ser otra que la protección de la integridad física y de la salud individual así como de la salud pública.

En definitiva, para la magistrada, el supuesto enjuiciado era un ejemplo paradigmático de lo que los artículos 15 y 43 CE no deben permitir al legislador o que, en todo caso, han de motivar una ponderación por parte del órgano judicial que rechace la posibilidad de aplicar el artículo 52 d) ET, por más que se invoque que la “dudosa” finalidad que se persigue es la defensa de la productividad a través del combate contra el absentismo. En otros términos, a criterio de la magistrada, permitir que se aplique en casos como el enjuiciado la causa de extinción del artículo 52 d) ET “*contraviene frontalmente el derecho que reconoce el artículo 43.1 en conexión con el artículo 15 CE, y con el necesario respeto a la dignidad de la persona a que se refiere el artículo 10.1 CE, como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social*”. No en vano, si la trabajadora hubiera seguido acudiendo al trabajo los días en que sufría procesos derivados de sus dolencias para evitar incurrir en la causa de despido del artículo 52 d) ET, que pendía sobre ella como una amenaza, correría un riesgo cierto y grave de empeoramiento de su lesión, con una innegable afectación de su derecho a la integridad física.

En la actualidad, sin embargo, este debate sobre la compatibilidad del artículo 52 d) ET con el derecho a la integridad física de los trabajadores despedidos ya ha perdido su virtualidad, por cuanto que como es bien conocido, se ha procedido a derogar la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el artículo 52 d) ET mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, Real Decreto-Ley 4/2020), actual Ley 1/2020, de 15 de julio, del mismo nombre.

Finalmente, aunque esta materia no constituye el objeto de este comentario, no podemos concluir este análisis sin efectuar, aunque sea, una breve valoración de la decisión de la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021) de considerar que el despido de la trabajadora enferma no constituía un despido discriminatorio, al considerar que la trabajadora despedida no tuvo ninguna diferencia, ni siquiera dificultad, en el

desempeño de su trabajo que implicase un trato –o una situación- distinto y diferenciado del que recibían las demás personas del centro de trabajo, y ni siquiera se puede afirmar que tuviera dificultades excepcionales para el desarrollo del mismo, máxime una vez reconocido que su trabajo no era el de teleoperadora, sino de gestora, lo que aumenta considerablemente su capacidad de adaptación postural al puesto de trabajo al estar menos sujeta al lugar concreto de su puesto de trabajo y teléfono para contestar las llamadas de clientes.

En este punto, comparto el criterio adoptado por el voto particular formulado por el Ilmo. Sr. Miquel Àngel Falguera Baró, al que se adhiere el Ilmo. Sr. Joan Agustí Maragall, que considera que en el supuesto enjuiciado sí nos encontramos ante una *“enfermedad de larga duración asimilada a la discapacidad”*.

A tal efecto, tras considerarse que la trabajadora ostentaba la condición de *“trabajadora especialmente sensible”* del artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en adelante, LPRL), recuerda que la misma tenía una afección lumbar y su actividad era de gestora telefónica, de naturaleza esencialmente sedentaria. Esta situación de la trabajadora que ha sido comunicada a la empresa ha comportado que la misma haya estado reiteradamente de baja, sin que conste que la empresa haya adoptado ninguna de las medidas previstas en el artículo 25 LPRL – evaluación individual, adaptación del puesto, cambio de puesto, etcétera-.

En este punto, el voto particular acude a la doctrina contenida en la STJUE de 11 de septiembre de 2019, C-397/18, según la cual los trabajadores especialmente sensibles *“no son, en principio, personas con discapacidad pero que pueden serlo en función de las circunstancias concurrentes, indicándose que “la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo, al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de “discapacidad”, en el sentido de la Directiva, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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”, correspondiendo “al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos”*¹⁹.

¹⁹ Vid. sobre esta cuestión, ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “¿Puede ser considerada persona con discapacidad la trabajadora que tiene la consideración de especialmente sensible frente a los riesgos derivados del

A partir de esta premisa, el voto particular mantiene que, si bien no puede hablarse de discapacidad por enfermedad de larga duración “*de pasado*”, teniendo en cuenta los períodos de baja de la trabajadora, sí que puede considerarse que concurre dicha condición en el escenario “*de futuro*”. A tal efecto, de conformidad con la doctrina contenida en el asunto Daouidi, habrá que valorar, si en la fecha del hecho supuestamente discriminatorio, “*la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha personas*”.

La aplicación de estos parámetros al supuesto enjuiciado lleva al magistrado que presenta el voto particular a considerar que “*“se antoja evidente” que una lumbalgia en el descrito puesto de trabajo, sin que la empresa –pese a conocer la situación diagnóstica- no adoptara medidas preventivas legales, incurre en el escenario “de futuro”*” y, en consecuencia, el despido debería haber sido declarado nulo.

Esta argumentación encajaría bien en la doctrina contenida en la STS de 15 de marzo de 2018 (nº rec. 1734/2017), puesto que, a pesar de que la misma no aprecia en el supuesto enjuiciado la concurrencia de una enfermedad asimilable a discapacidad, ello se debe a que “*la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TJUE*”. Pues bien, del razonamiento empleado se desprende que si se hubiera podido acreditar “*una situación duradera de futuro*” de la IT en la cual se encontraba la trabajadora, la misma se hubiera podido equiparar a la discapacidad en la noción dada por el TJUE.

Este es el criterio que se ha adoptado, entre otras, en la STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017 (nº rec. 1734/2017), que procede a declarar la nulidad del despido de un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal, desde el 19 de febrero hasta el 19 de mayo de 2016, por una enfermedad profesional consistente en alergias y asma ocupacional. En este supuesto, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco declara que “*la correcta calificación del despido (...) es la de la nulidad, toda vez que se puede deducir sin ningún problema el carácter “duradero” de la limitación de la capacidad del demandante (...). Ello permite considerar, en el concreto caso que nos ocupa, una situación de “discapacidad” (...) que ha dado lugar a una consideración de discriminación, al no haber la empresa siquiera intentado acreditar la realidad de las*

trabajo?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 8, 2019 y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, “Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo”, *IUSLabor*, nº 3, 2019, p. 170.

causas económicas invocadas para el despido”. En definitiva, el Tribunal considera que la empresa en el momento del despido era conocedora de que mientras el trabajador estuviera expuesto a los factores laborales que le provocan el asma, su enfermedad se prolongaría en el tiempo, confirmándose de este modo el carácter duradero de la incapacidad temporal.

A idénticas conclusiones se hubiera podido llegar en la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021), objeto de este comentario, puesto que también se constata el carácter duradero de la limitación de la capacidad de la trabajadora, que permite considerar que nos encontramos ante una situación asimilable a la discapacidad y que, además, la empresa en el momento del despido era plenamente conocedora de que mientras la trabajadora estuviera expuesta a los factores laborales que le provocaban los perjuicios en su salud, es decir, las propias características de la actividad laboral sedentaria a desempeñar, la enfermedad y, en consecuencia, las bajas por incapacidad temporal, se prolongarían en el tiempo, confirmándose de este modo el carácter duradero de la enfermedad. A lo que cabe añadir, además, que en este supuesto no consta que la empresa hubiera adoptado ninguna medida preventiva o medida de ajuste razonable al respecto. Cuestiones todas ellas que, por lo demás, deberían haberse abordado desde una perspectiva de género, al tratarse de una trabajadora de un sector de actividad altamente feminizado²⁰.

Para concluir, cabe recordar que en el momento en que el Real Decreto-Ley 4/2020 procedió a derogar el artículo 52 d) ET ya anunciábamos que con la derogación de esta norma no acababa el trabajo de los operadores jurídicos en esta materia, no en vano, dicha norma únicamente procedió a derogar el despido objetivo por ausencias del trabajador que el mismo regulaba, pero nada se establece respecto a aquellos supuestos en que, aunque formalmente no se reconozca, efectivamente se procede a despedir a un trabajador por sus faltas de asistencia justificadas al trabajo, consecuencia de su situación de enfermedad²¹. Claro está, que este supuesto ya no podrá ser calificado en ningún caso como un despido procedente, sino que el mismo deberá reconducirse a la declaración de improcedencia del mismo, pero ello no impedirá que con estos despidos sin causa de los trabajadores enfermos se sigan vulnerando los derechos laborales de los mismos –salud, derecho al trabajo, derecho a la igualdad y no discriminación, etcétera-.

²⁰ Sobre el alcance de esta circunstancia en el supuesto enjuiciado, vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Cal” y “arena” ...” *ob cit.*, p. 178 y ss.

²¹ Vid. MORENO GENÉ, Josep, “La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador”, *Temas Laborales*, nº 152, 2020, p. 300.

Ante esta situación, ahora más que nunca, es del todo necesario dar la batalla y agudizar el ingenio para conseguir la declaración de la nulidad de estos despidos sin causa de los trabajadores enfermos frente a su actual declaración de improcedencia, puesto que en caso contrario se seguirán viendo afectados muy negativamente derechos básicos de los trabajadores como son el derecho a la salud, al trabajo y a la igualdad. No cabe duda que la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021), al reconocer que el despido sin causa de una trabajadora enferma vulnera su derecho fundamental a la integridad física previsto en el artículo 15 CE, aunque únicamente sea cuando el mismo responde a una “política de empresa”, se encuentra claramente en la dirección correcta. Cabe felicitar que, en esta ocasión, se haya pasado del mero “reproche moral” de estas prácticas empresariales deleznable a la más rigurosa sanción jurídica que prevé el ordenamiento jurídico-laboral, que no es otra que la declaración de nulidad de estos despidos²².

4. Bibliografía

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia, “El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 51, 2018, p. 326-351.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “¿Puede ser considerada persona con discapacidad la trabajadora que tiene la consideración de especialmente sensible frente a los riesgos derivados del trabajo?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 8, 2019, p. 1-9.

AZAGRA SOLANO, Miguel, “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2011, p. 57-67.

BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi, “Nulidad por “política de empresa” dirigida a despedir injustificadamente a trabajadores de baja por incapacidad temporal (STSJ Cataluña 14/9/21)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 21.10.2021, (disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/10/21/nulidad-por-politica-de-empresa-dirigida-a-despedir-injustificadamente-a-trabajadores-de-baja-por-incapacidad-temporal-stsj-cataluna-14-9-21/>).

²² Más crítico con esta vía interpretativa adoptada por la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021) se muestra BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi, “Nulidad por “política de empresa”...” *ob cit.*, al considerar que “si una enfermedad no puede ser equiparada a una discapacidad si no se dan los condicionantes descritos en el asunto Daouidi y el despido objetivo por absentismo de las personas que no son «discapacitadas» no era, per se, contrario a la Directiva 2000/78, a la luz del contexto jurídico vigente, creo que es controvertido concluir que la extinción injustificada de las personas que están en situación de incapacidad temporal pueda describir una discriminación (y, por ende, precipite la nulidad); incluso, aunque afecte recurrentemente a diversos trabajadores de la misma empresa”.

CARRIZOSA PRIETO, Esther, “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por ejercicio de derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, nº 96, 2008, p. 267-286.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén, “La salud del trabajador como causa de discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014, p. 71-94.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, “Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo”, *IUSLabor*, nº 3, 2019, p. 156-172.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La constitucionalidad del despido objetivo por excesiva morbilidad o sobre quién debe asumir el coste del absentismo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 226, 2019, p. 13-20.

GINÉS FABRELLAS, Anna, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, nº 18, 2010, p. 99-123.

GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel, “La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2019, de 16 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 441, p. 173-182.

GOÑI SEIN, José Lluís, “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, *Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 2014.

GORDO GONZÁLEZ, Luís, “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”, *Aranzadi Social*, nº 24, 2011, p. 111-118.

GUALDA ALCALÁ, Francisco José, “La calificación del despido por razón de la enfermedad del trabajador simplemente improcedente, o nulo por lesivo de derechos fundamentales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1988, de 26 de mayo)”, *Revista de Derecho Social*, nº 42, 2008, p. 125-142.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 370, 2014, p. 189-192.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, ““Cal” y “arena”: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona). Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre”, *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. CEF*, nº 464, 2021 p. 167-185.

MONEREO PÉREZ, José Luís y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE, 20 de enero)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 21, 2019, p. 13-22.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, “¿Es discriminatorio el despido de un trabajador enfermo?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm 143, 2009, p. 711-719.

MORENO GENÉ, Josep, “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección Social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Pamplona, 2014, p. 1-20.

MORENO GENÉ, Josep, “La calificación del despido del trabajador en situación de incapacidad temporal de “larga duración” en la actual doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 17, 2018 p. 189-214.

MORENO GENÉ, Josep, “El recurso al convenio 158 OIT como límite al despido por absentismo del trabajador enfermo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y de la Seguridad Social, Madrid, 2019, p. 281-302.

MORENO GENÉ, Josep, “La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial *versus* derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020, p. 62-106.

MORENO GENÉ, Josep, “La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador”, *Temas Laborales*, nº 152, 2020, p. 271-300.

RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, Rosa, “La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 196, 2017, p. 135-156.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales*, nº 20, 2008 p. 61-81.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “La empresa a la que no le gustaba que su personal estuviera de baja... y por ello procedía a su despido (y la importancia de los hechos probados). Notas a la sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 16.10.2021, (disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/la-empresa-la-que-no-le-gustaba-que-su.html>).

RUIZ CASTILLO, María del Mar, “El despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en las reformas de 2012”, en *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, p. 364-389.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866, 2013, p. 3-10.

SERRANO ARGÜELLO, Noemí, “Trabajador despedido y enfermedad: cuando el derecho se aleja de la justicia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 18, 2008, p. 1-22.

TOLEDO OMS, Albert, *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

VELASCO PORTERO, María Teresa, “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, 2014, p. 143-157.