

XXVI JORNADES CATALANES DE DRET SOCIAL

**“ELS DRETS LABORALS DES DE LA PERSPECTIVA DE LA
TEORIA GENERAL DEL CONTRACTE I DE
LA NORMATIVA INTERNACIONAL”**

Barcelona, 19 i 20 de febrer de 2015

EL RECURSO A LA NORMATIVA INTERNACIONAL POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES COMO VÍA DE LIMITACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR POR SUS AUSENCIAS AL TRABAJO

Comunicació presentada a la ponència de
Xavier González de Rivera

**“Converses entre la norma internacional i la norma interna:
l’aplicació pels òrgans judicials”**

JOSEP MORENO GENÉ
UNIVERSIDAT DE LLEIDA

EL RECURSO A LA NORMATIVA INTERNACIONAL POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES COMO VÍA DE LIMITACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR POR SUS AUSENCIAS AL TRABAJO

Josep Moreno Gené

Professor Titular Dret del Treball i de la Seguretat Social
Universitat de Lleida

Sumario: I. LA CONFIGURACIÓN DEL DESPIDO POR ABSENTISMO DEL TRABAJADOR TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012 Y SU DISCUTIBLE ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y A LA NORMATIVA INTERNACIONAL. II. LA INSUFICIENCIA DEL MARCO CONSTITUCIONAL COMO VÍA DE LIMITACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR POR SUS AUSENCIAS AL TRABAJO. 1. La insuficiencia del recurso al derecho a la integridad física y a la protección de la salud del trabajador como vía de limitación del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo. 2. La insuficiencia del recurso al derecho a la igualdad y no discriminación como vía de limitación del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo. III. EL RECURSO A LA NORMATIVA INTERNACIONAL COMO VÍA DE LIMITACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR POR SUS AUSENCIAS AL TRABAJO. 1. El difícil encaje del despido por absentismo del trabajador en el Convenio 158 OIT. 2. La “enfermedad asimilada a discapacidad” como vía de inaplicación del art. 52 d) ET.

I. LA CONFIGURACIÓN DEL DESPIDO POR ABSENTISMO DEL TRABAJADOR TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012 Y SU DISCUTIBLE ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y A LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

La redacción actual del apartado primero del art. 52 d) ET prevé la posibilidad de que el contrato de trabajo pueda extinguirse “por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses”. El apartado segundo del citado precepto matiza el alcance de dicha causa extintiva del contrato de trabajo al prever que no se computarán como faltas de asistencia las enumeradas de un modo expreso en dicho precepto. Entre las causas computables para actuar esta causa de extinción del contrato destacan las ausencias por enfermedad o accidente no laboral, aún justificadas, inferiores a una determinada duración, las cuales se configuran como el origen más habitual de las inasistencias justificadas que penaliza el art. 52 d) ET. El art. 52 d) ET, por tanto, no habilita al empresario a extinguir el contrato de los trabajadores ante cualquier ausencia de los mismos, sino que únicamente se apareja esta posibilidad a aquellos supuestos de absentismo que el legislador considera suficientemente relevantes¹.

Tradicionalmente, esta relevancia o suficiente entidad del absentismo se había vinculado al cumplimiento simultáneo de una doble exigencia cuantitativa. La primera exigencia, vigente aún en la actualidad, consiste en que el número de faltas de

¹ Para un estudio sobre la configuración de esta causa extintiva tras la reforma laboral de 2012 vid. J. Moreno Gené, y A.M. Romero Burillo, *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013 y A. Arias Domínguez, *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.

asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje. La segunda exigencia, suprimida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012)², consistía en que el resto de la plantilla del centro de trabajo también superara una determinada barrera de absentismo en los mismos períodos de tiempo tenidos en cuenta para determinar las faltas de asistencia del trabajador, la cual, si bien se había fijado inicialmente en un 5%, tras la reforma introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Ley 35/2010)³ había quedado reducida al 2,5%. Tras la Ley 3/2012, por tanto, para que las ausencias al trabajo del trabajador sean relevantes a los efectos de esta causa de extinción del contrato será suficiente con que el número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje, habiéndose suprimido, por el contrario, cualquier exigencia de que el empresario sufra al mismo tiempo un determinado nivel de absentismo global.

La eliminación de la exigencia de que el empresario sufra un determinado nivel de absentismo global incide necesariamente en el fundamento de esta causa de extinción del contrato, puesto que permite proceder a la misma en cuanto se constata la excesiva onerosidad que suponen para el empresario las faltas de asistencia al trabajo de un determinado trabajador sin necesidad de constatar al mismo tiempo los perjuicios que para el normal funcionamiento y la productividad de la empresa acarrea la concurrencia de un determinado nivel global de absentismo, amparándose aún más si cabe de este modo el interés del empresario de extinguir la relación laboral que se considera excesivamente onerosa frente al interés del trabajador en conservar su puesto de trabajo. La supresión del requisito del absentismo total de la plantilla supone, por tanto, un indiscutible debilitamiento de esta causa de extinción del contrato, no en vano, al suprimirse el umbral colectivo de absentismo se hace desaparecer el único elemento objetivo con que poder presumir, que no acreditar, un perjuicio al empresario por inasistencia⁴. Se introduce así de un modo buscado por el legislador una fuerte presión dirigida a que el trabajador renuncie a situaciones de ausencia al trabajo plenamente justificadas por el miedo a estar por encima de los umbrales fijados en la normativa, fomentándose de este modo un cierto "presentismo" de los trabajadores en la empresa por miedo a perder su puesto de trabajo.

Una reforma tan intensa de esta causa extintiva como la expuesta, como no podía ser de otro modo, enseguida levantó fuertes críticas en un sector de la doctrina, que tras mantener que "el nuevo art. 52 d) ET permite el despido del trabajador por enfermedad justificada por los servicios médicos salvo que la enfermedad sea de larga duración" y que "la finalidad de la norma es clara, establecer un principio de sospecha sobre la morbilidad de corta duración, y otorgar la amenaza del despido como forma de conseguir que el trabajador y la trabajadora acudan enfermos al trabajo y no hagan uso de la asistencia sanitaria a la que tienen derecho", concluía que "es evidente la contradicción de este precepto con el art. 6 del Convenio 158 OIT, y asimismo su

² BOE de 7 de julio.

³ BOE de 18 de septiembre.

⁴ Vid. M.M. Ruiz Castillo, "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, pág. 360. En la misma dirección, vid. N. Sirvent Hernández, "La nueva regulación del absentismo laboral como causa de despido objetivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", comunicación presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en San Sebastián, mayo de 2012.

contraste con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles”⁵.

En este contexto de dudas sobre la adecuación de la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador prevista en el art. 52 d) ET a la normativa internacional y, en especial, al Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (en adelante, Convenio 158 OIT) y a 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), se han dictado diferentes resoluciones judiciales que acudiendo a la referida normativa internacional han intentado limitar los efectos perniciosos derivados de la reforma del despido por ausencias del trabajador del 2012. Entre estas resoluciones judiciales cabe destacar la sentencia del juzgado de lo social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, objeto preferente de este comentario, que ha procedido a declarar la nulidad de la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora por ausencias al trabajo derivadas de la enfermedad crónica que la misma sufría, en base al carácter discriminatorio que dicha extinción contractual suponía⁶.

Precisamente, en esta comunicación se pretende poner de manifiesto como ante las aparentes dificultades de acudir al marco constitucional como vía de limitación del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo, ya sea acudiendo al derecho a la integridad física y a la protección de la salud del trabajador, o bien, al derecho a la igualdad y no discriminación, los órganos judiciales han acudido a la normativa internacional y, en particular, al Convenio 158 OIT y a la Directiva 2000/78, como una posible vía para evitar los efectos no deseados de la configuración actual del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo.

II. LA INSUFICIENCIA DEL MARCO CONSTITUCIONAL COMO VÍA DE LIMITACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR POR SUS AUSENCIAS AL TRABAJO

1. La insuficiencia del recurso al derecho a la integridad física y a la protección de la salud del trabajador como vía de limitación del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo.

Adentrándose ya de un modo directo en el examen de la adecuación del art. 52 d) ET a nuestro marco constitucional, cabe abordar la compatibilidad de este precepto con diferentes preceptos constitucionales que amparan la salud del trabajador, en concreto, el art. 15, según el cual, “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”, el art. 40, que reconoce el derecho a la “seguridad e higiene en el trabajo” y el art. 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 y, por tanto, como un derecho fundamental inespecífico del trabajador, pero la íntima relación existente entre este derecho y los derechos a la protección de

⁵ Vid. A. Baylos Grau, “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 13.

⁶ JUR 2013\311901. Un comentario a esta resolución judicial en J. Moreno Gené, “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Aranzadi Social*, núms. 9-10, 2014, págs. 291 a 301 y C. Molina Navarrete, “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*, núm. 370, 2014, págs. 189 a 192.

la salud y de seguridad e higiene en el trabajo reconocidos al trabajador hacen necesario que los mismos sean abordados de un modo conjunto⁷.

En este punto, debe recordarse que tras la reforma laboral de 2012, la “causa objetiva” que habilita la extinción del contrato prevista en el art. 52 d) ET ya no es el perjuicio económico y productivo que un absentismo colectivo disparado podría generar en una empresa, sino la posibilidad de despedir a aquel trabajador que, por causa, entre otras, de enfermedad, no es “suficientemente productivo”⁸. A partir de esta premisa, podría considerarse que de dicho precepto se deriva 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 art. 15 y/o en el art. 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 enfermedad⁹. Este razonamiento se recoge en la Sentencia del Juzgado núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 (procedimiento núm. 679/2013)¹⁰.

Esta argumentación podría encontrar su apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencia de 31 de enero de 2011 (recurso núm. 1532/2010)¹¹, que conoce del recurso de suplicación interpuesto contra la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (recurso núm. 188/2010)¹², 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 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”¹³.

⁷ Sobre esta íntima relación vid. STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (recurso núm. 1309/2006) (JUR\2006\279688) 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”.

⁸ Un análisis del fundamento de esta causa de extinción del contrato tras la reforma laboral de 2012 en J. Moreno Gené y A.M. Romero Burillo, *El despido del trabajador...* cit. págs. 15 a 20.

⁹ En esta dirección, C. Molina Navarrete, “La ilegitimidad constitucional del despido...” cit. pág. 189, indica que la reforma de la causa de extinción del contrato recogida en el art. 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”.

¹⁰ Muy significativa en esta misma dirección es la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (recurso núm. 1309/2006) (JUR\2006\279688), la cual establece 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”.

¹¹ RJ\2011\922. Un comentario crítico de esta resolución en R. Martín Jiménez, “Nulidad del despido de un trabajador de baja médica que es presionado para que se reincorpore al trabajo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 819/2011. Vid. también, A. Moreno Márquez, A, “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego”, *Revista Doctrinal Aranzadi* núm. 11, 2010.

¹² JUR\2010\153801.

¹³ Vid. también STSJ de Andalucía (Sevilla) de 4 de octubre de 2011.

Frente a este comportamiento empresarial, la citada STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (recurso núm. 188/2010), 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 Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2011 (recurso núm. 1532/2010) avala 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”¹⁴.

Esta interpretación del Tribunal Supremo resulta ciertamente novedosa, no en vano, en las escasas sentencias –STS de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008- en las que la Sala había tenido la oportunidad de abordar la denuncia de la infracción del art. 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 abandone el tratamiento médico que se la ha impuesto, que es precisamente lo que sucede en el supuesto enjuiciado por la referida STS de 31 de enero de 2011 (recurso núm. 1532/2010) en que sí se ha producido esta coacción.

Esta interpretación, asimismo, podría encontrar un cierto apoyo en la doctrina sobre la integridad física elaborada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 62/2007, de 27 de marzo¹⁵ y 160/2007, de 2 de julio¹⁶, según la cual, “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la

¹⁴ RJ\2001\922.

¹⁵ RTC 2007\62.

¹⁶ RTC 2007\160.

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 competen¹⁷.

En base a todas estas argumentaciones podría considerarse que el art. 52 d) ET podría ser contrario al derecho a la integridad física y a la salud de los trabajadores reconocidos en el art. 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 enfermedad¹⁸. 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?, etcétera¹⁹.

La STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (recurso núm. 7474/2012), sin embargo, no comparte este criterio al considerar 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 mantiene 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 art. 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”²⁰.

Pese a ello, la referida sentencia reconoce que el Tribunal Constitucional ha ido ampliando la relación existente entre el derecho a la salud y la integridad física, al

¹⁷ Vid. sobre el limitado alcance de esta doctrina, J.L. Goñi Sein, “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, págs. 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 art. 15 CE”.

¹⁸ En esta dirección, E. Carrizosa Prieto, “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por ejercicio de derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, núm. 96, 2008, págs. 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”.

¹⁹ Véase este razonamiento en el voto particular que contiene la STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2007 (recurso núm. 3100/2007) (AS\2008\490).

²⁰ AS\2013\1715.

considerar en su STC 220/2005, de 12 de septiembre²¹, que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos, pero que “tal actuación sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 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”. A pesar de esta interpretación, la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña concluye 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 art. 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 exceptiona el párrafo segundo del artículo 52 d) TRET”.

En definitiva, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (recurso núm. 7474/2012) mantiene que no es 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 ha 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”.

Esta doctrina se ajusta a su vez a la contenida en la STS de 22 de noviembre de 2007 (recurso núm. 3907/2006) que ponía de manifiesto la “inaceptable asimilación del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) con el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”²².

2. La insuficiencia del recurso al derecho a la igualdad y no discriminación como vía de limitación del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo.

En relación con la adecuación de la causa de extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador al marco constitucional, cabe plantearse también la cuestión de si la extinción del contrato de trabajo en base a ausencias motivadas por bajas por enfermedad del trabajador puede constituir una causa de discriminación incardinable en el art. 14 CE. A tal efecto, cabe plantearse si la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral, debería ser considerado con carácter general un factor de discriminación incardinable en el art. 14 CE y no únicamente cuando concurre un excepcional elemento segregacionista, debido a la situación de debilidad o vulnerabilidad –física, pero también jurídica-, que esta situación le provoca, de la que el art. 52 d) ET constituye un claro exponente, en tanto que sitúa al trabajador automáticamente en riesgo de exclusión laboral por motivo de

²¹ RTC 2005\220.

²² JUR\2008\44371. En parecidos términos se pronunció la STS de 11 de diciembre de 2007 y de 22 de enero de 2008. Para un comentario de la primera de estas resoluciones vid. V. Manteca Valverde, “Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11-12-2007. Despido en que la causa aducida por la empresa no se corresponde con la causa real del despido”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, 2008, págs. 1 a 5.

su enfermedad y/o estado de salud. A tal efecto, puede considerarse que en el estado de salud o enfermedad de las personas existe un elemento de segregación que confiere a dicha condición o circunstancia personal entidad suficiente para ser incluida en el conjunto de causas de discriminación prohibidas por la Constitución²³. Este razonamiento se recoge también en la Sentencia del Juzgado núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 (procedimiento núm. 679/2013).

Este planteamiento, sin embargo, choca con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que viene considerando que “es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del art. 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. 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 empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación” o, en otros términos, “que el estado de salud del trabajador no fue utilizado en el caso de autos como un factor de diferenciación discriminatorio, sino con una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo determinante de que el mantenimiento de la relación resultase excesivamente oneroso para la empresa”. Según el Tribunal Supremo, “esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el art. 52 d) ET, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, puede constituir, en determinadas ocasiones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa²⁴.

El Tribunal Supremo, por tanto, descarta que la enfermedad sea considerada por sí misma un factor de especial rechazo social e histórico y considera que no

²³ Vid. A. Ginés i Fabrellas, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2010. La autora señala además que “el elemento de segregación se aprecia en el estado de salud o enfermedad por la existencia de dos aspectos: i) rechazo y exclusión social derivada de la enfermedad y ii) un grupo de sujetos afectados diferenciado susceptible de sufrir algún tipo de segregación”. Vid. también M. Arenas Viruez, “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, pág. 157.

²⁴ A título de ejemplo, vid. STS de 29 de enero de 2001 (recurso núm. 1566/2000) (RJ\2001\2069), STS de 23 de septiembre del 2002 (recurso núm. 449/2002) (RJ\2006\1923), STS de 12 de julio de 2004 (recurso núm. 4646/2002) (RJ\2004\7075), STS de 23 de mayo de 2005 (recurso núm. 2639/2004) (RJ\2005\9656), STS de 22 de noviembre de 2007 (recurso núm. 3907/2006) (RJ\2008\1183), STS de 18 de diciembre de 2007 (recurso núm. 4194/2006) (RJ\2008\800), STS de 22 de septiembre de 2008 (recurso núm. 3591/2006) (RJ\2008\5533), STS de 27 de enero de 2009 (recurso núm. 602/2008) (RJ\2009\1048), STS de 12 de julio de 2012 (recurso núm. 2789/2011) (RJ\2012\9598), etcétera.

constituye un factor de segregación. Por consiguiente, la distinción por razón de salud no puede considerarse que vulnere la prohibición de discriminación del art. 14 CE. La prohibición de discriminación únicamente se vulnera en relación a enfermedades cuyas víctimas han sido socialmente rechazadas²⁵. En este contexto, la jurisprudencia ha sido muy reacia a calificar los despidos basados en ausencias motivadas por bajas por enfermedad del trabajador como nulos, calificándolos, por el contrario, como improcedentes cuando no quede acreditada la causa, 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 fundamental²⁶, siendo en todo caso muy difícil de precisar en qué supuestos la enfermedad padecida por el trabajador es capaz de producir dicho efecto estigmatizador, debiendo ser los tribunales, en cada caso concreto, los que se deban pronunciar sobre esta cuestión²⁷.

Esta interpretación ha quedado convalidada constitucionalmente, al no considerarse que se oponga al art. 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 crónica. A tal efecto, la STC 62/2008, de 26 de mayo²⁸, señala que “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE”, esto ocurriría según el Alto Tribunal “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como elemento de segregación basado en la existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que ello no sucede cuando “en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo”. En otros términos, el Tribunal Constitucional considera que en estos supuestos “la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo”²⁹.

Sin embargo, en relación con la citada STC 62/2008 cabe mencionar las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal, que considera al respecto que “se hace preciso distinguir entre la mera enfermedad, como alteración transitoria más o menos grave de la salud y que por lo tanto es susceptible de afectar a lo largo de su vida a cualquier ser humano, de aquel otro concepto que pudiera acaso denominarse como enfermedad avanzada o enfermedad recurrente, en la cual se alcanza un cierto

²⁵ Vid. A. Ginés i Fabrellas, “La nulidad del despido...” cit.

²⁶ Vid. M.M. Ruiz Castillo, “El despido por absentismo...” cit. pág. 365. Para un estudio en profundidad de esta cuestión vid. A. Toledo Oms, *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008. Vid. también, N. Serrano Argüello, “Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el derecho se aleja de la Justicia”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008.

²⁷ Algunos ejemplos los podemos encontrar en C. Blasco Jover, “El despido del trabajador cero positivo o enfermo de SIDA”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006 y L. Gordo González, “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”, *Aranzadi Social*, núm. 24, 2011.

²⁸ RTC 2008\62.

²⁹ Un comentario exhaustivo de esta resolución en J. Gualda Alcalá, “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*, núm. 42, 2008, págs. 125 a 142. Vid. también, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2008; M.M. Ruiz Castillo, *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, Albacete, 2010 y N. Serrano Argüello, “Trabajadores despedidos por enfermedad...” cit. págs. 16 y ss.

grado de irreversibilidad, ya que la recuperación de la salud no resulta plena y definitiva (dentro de la natural evolución biológica de la vida), o al menos un cierto grado de permanencia en el tiempo. Existiría entonces una categoría intermedia situada entre la enfermedad y la discapacidad, caracterizándose este *tertius genus* como una suerte de disfuncionalidad periódica, con base en una patología facilitadora de la cíclica aparición de la enfermedad, sin que ésta, no obstante, llegue a poseer un carácter definitivamente invalidante”. Según el ministerio fiscal, “esa especial categoría de enfermedad no resulta en modo alguna ajena a la normativa laboral, ya que el artículo 52 d) ET, al relacionar los supuestos justificativos de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, contempla el denominado absentismo laboral, entre otras, por causa de enfermedad (...)”.

Bajo estas circunstancias, considera el Ministerio Fiscal que “si es posible identificar una categoría equidistante entre la genérica enfermedad y la discapacidad, podrá entonces afirmarse la existencia de un grupo social de características personales determinadas de las que no participa el resto de la sociedad, al que se situaría en un espacio intermedio en el que no se alcanza la protección que dispensa el ordenamiento jurídico para el normal mantenimiento de la relación laboral de sus individuos, ni tampoco la que el citado ordenamiento prevé para aquellos supuestos en los que, ante una discapacidad o situación invalidante, se despliega la acción protectora de la Seguridad Social mediante el reconocimiento de una situación de incapacidad permanente y el correlativo devengo del derecho a una pensión”.

Se cumplirían así, según el Ministerio Fiscal, “los dos requisitos necesarios para estimar la realidad de una situación discriminatoria: la exclusión social (imposibilidad de permanencia en el mercado como fuerza de trabajo y consecuente falta de obtención de ingresos), y la pertenencia a ese grupo o colectivo caracterizado por el padecimiento de enfermedades capaces de generar faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, pero intermitentes (art. 52 d) ET”. Por ello, concluye el Ministerio Fiscal que “es necesaria la asimilación de esta situación a la de la discapacidad, y en consecuencia apreciar como lesiva del derecho fundamental a la igualdad la conducta del empresario que otorga un tratamiento diferenciado a un trabajador por razón de una particular condición personal o social (art. 14 CE)”.

Estas alegaciones, aunque no fueron secundadas por la mayoría del Tribunal Constitucional, sí tuvieron cabida en el voto particular del Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez contenido en la citada STC 62/2008, de 26 de mayo³⁰, que pone de manifiesto la existencia de “enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los arts. 4.2 c) y 17.1 ET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del art. 14 CE, máxime cuando, al estar afectado el derecho del trabajo del recurrente del art. 35.1 CE y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del art. 43 CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad”. En consecuencia, el citado voto particular aboga por declarar la nulidad del despido, por considerar que el trabajador estaba afecto de una enfermedad crónica, que conforma una categoría intermedia entre la simple enfermedad y la discapacidad.

³⁰ RTC 2008\62.

Este planteamiento, sin embargo, no ha arraigado en la doctrina del Tribunal Supremo. A tal efecto, la Sentencia de 22 de enero de 2008 establece una diferenciación clara y diáfana entre discapacidad y enfermedad. Así pues, tras recordar que la condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la nueva redacción dada al art. 4.2.c), párrafo 2º ET ("Los trabajadores... en la relación de trabajo... tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate"), indica que "ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables".

En esta dirección, la citada resolución rechaza esa equiparación afirmando que "la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido".

A partir de la distinción entre discapacidad y enfermedad, el Alto Tribunal afirma que "las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades".

Como también indica la STS 22 de noviembre de 2007, esta diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social num. 33 de Madrid. A criterio del Alto Tribunal y de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se mantiene que "la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la 'equiparación' de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que 'la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período', por lo que 'una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78'. A ello se añade que 'ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad' y que 'no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva ' (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual)".

En definitiva, con independencia de algunas interpretaciones hoy por hoy minoritarias, a criterio de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria, el despido de trabajadores por el mero hecho de estar enfermos sólo merece

la calificación de despido improcedente y no de despido nulo, al no verse implicado ningún derecho fundamental, ni móvil discriminatorio, ni estar establecida legalmente esta opción, como sí aconteciera en regulaciones anteriores. Por el contrario, si la dolencia del trabajador se encuentra entre las estigmatizadas socialmente, entra en juego la tutela dispensada por el art. 14 CE, debiéndose declarar como nulo el despido por imperativo constitucional. En otros términos, a pesar de que no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato, sin embargo, no se estará en este escenario cuando el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo.

A pesar de esta doctrina judicial, podría considerarse, como así lo hace la sentencia del juzgado de lo social núm. 33 de Barcelona (procedimiento núm. 679/2013), que la misma se ha elaborado fundamentalmente en relación con el despido disciplinario, pero no en relación con el art. 52 d) ET, ni en su redacción anterior ni en la actual. En este punto, puede cuestionarse si la redacción actual del art. 52 d) ET, al eliminar el absentismo colectivo como causa objetiva que habilita para la extinción del contrato, ha convertido esta causa extintiva en “un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada”, no en vano, en el supuesto de bajas originadas por enfermedades no explícitamente excluidas (por su duración, gravedad o derivar de violencia de género), las mismas son la causa de la situación de ausencia jurídica que habilita a la empresa para el despido. En consecuencia, dichas bajas por enfermedad pasan a ser – automática e incondicionalmente, a diferencia de lo que sucedía en la configuración anterior del precepto- la causa de despido y, por tanto, de segregación del trabajador respecto al resto de la plantilla. Estas dudas alcanzan su máxima expresión en supuestos en que son enfermedades crónicas o de larga duración las que justifican la extinción del contrato vía art. 52 d) ET.

Este criterio engarza directamente con la doctrina contenida en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de enero de 2011 según la cual “el Tribunal Constitucional amplía el supuesto del artículo 14 “...otra circunstancia o condiciones personales y sociales”, a aquellos supuestos en los que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada. Y eso es lo que sucede en el caso de autos, donde la empresa se limita a señalar que el trabajador ha tenido bajas durante varios años (2007, 2008 y 2009) y con independencia de la contingencia, estima que, por estar enfermo, no es rentable, por lo que le despide. Es obvio que el art. 52 ET no da cobertura, ni de lejos, a este tipo de despido, pues lo que regula es el despido objetivo, por ausencias al trabajo (52 d) excluyendo el cómputo a tal efecto de aquellas ausencias que tengan justificación legal, y en concreto la enfermedad o accidente laboral que exceda de 20 días. No da, pues, cobertura la norma a un despido por el hecho de estar enfermo, o de tener una enfermedad que socialmente se considere un estigma”.

A criterio de la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de enero de 2011 “no parece coherente que la Constitución proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia –siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (art. 15), el derecho al acceso a las

prestaciones de Seguridad Social (art. 40), el derecho a la protección de la salud (art. 43.1), el derecho al trabajo (art. 35), el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2)- y que se pueda, con base a la legislación inspirada en tales deberes y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo”.

A partir de estas premisas, la citada resolución concluye que “en el caso de autos no hay ningún elemento ajeno a la enfermedad que justifique el despido, pues como exige el Tribunal Constitucional, no se pone en relación la enfermedad con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación. Desde luego no es de recibo el argumento de que es costosa para la empresa la baja porque ha de pagar la cotización, pues ello supone “cosificar” al trabajador (es como decir que la máquina se avería y hay que cambiarla) y además supone aceptar la enfermedad, que tiene una protección constitucional en el ámbito del derecho a la salud, como una causa de extinción, pues tal y como la empresa lo plantea lo que está diciendo es que si los trabajadores se enferman pueden ser despedidos porque son costosos, y lo mejor es pasarle el costo al Estado vía desempleo”. Este argumento puramente económico que considera al trabajador como un objeto supone, a juicio del Tribunal “castigar la enfermedad del trabajador que aparece ante la empresa como una carga, y desde luego, supone convertir a la enfermedad en una causa de discriminación. Ello vulnera el art. 14 CE”.

III. EL RECURSO A LA NORMATIVA INTERNACIONAL COMO VÍA DE LIMITACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR POR SUS AUSENCIAS AL TRABAJO.

1. El difícil encaje del despido por absentismo del trabajador en el Convenio 158 OIT.

La primera cuestión planteada por los órganos judiciales en relación con la adecuación a la normativa internacional de la actual configuración de la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador que se contiene en el art. 52 d) ET es la de su adecuación a lo previsto en el art. 6 del Convenio 158 OIT. Recuérdese a tal efecto que el apartado primero de dicho precepto estipula que “la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”. A tal efecto, el apartado segundo del mismo precepto precisa que “la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente convenio”, según el cual “deberá darse efecto a las disposiciones del presente convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”.

En este punto, como ya se ha indicado que es evidente la contradicción del art. 52 d) ET con el art. 6 del Convenio 158 OIT³¹. A tal efecto, un sector doctrinal ha señalado a la extinción del contrato por absentismo individual del trabajador como uno de los elementos de ruptura con el Convenio 158 OIT, al considerarse que respecto a esta causa de despido, “la norma internacional hace referencia específica a la enfermedad para prohibir la extinción por esta causa. Hay una prohibición por tanto expresa que ahonda en la imposibilidad de despedir de esta forma injustificada, así en su artículo 6 del texto del Convenio 158 OIT se dice que la ausencia temporal del

³¹ Vid. A. Baylos Grau, “El sentido general de la reforma...” cit. pág. 13.

trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo³².

Probablemente, la posibilidad de que los estados miembros puedan incidir en la definición de la ausencia temporal de trabajo por motivo de enfermedad o lesión a los efectos de lo previsto en el art. 6 del Convenio 158 OIT ha limitado de forma sustancial el alcance de esta norma y, en consecuencia, las garantías que se derivan de la misma, permitiendo justificar la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento de la causa de extinción del contrato prevista en el art. 52 d) ET. En esta dirección, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (recurso núm. 7474/2012) mantiene que no consta que el art. 52 d) ET “sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio OIT 158, pues no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas, las de más de veinte días no computan para el cálculo del absentismo³³. A tal efecto, la jurisprudencia ha admitido de forma unánime que el art. 52 d) ET, en su anterior redacción, pero también en la actual, permita con determinados límites y condicionamientos que el absentismo laboral, aún tratándose de bajas justificadas, tenga un reflejo en la extinción del contrato de trabajo.

Esta doctrina reitera lo ya indicado por la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (recurso núm. 1309/2006) en relación a redacciones anteriores del art. 52 d) ET, la cual, tras recordar en relación con el Convenio 158 OIT que “en la normativa internacional se establecen algunas garantías frente al despido del trabajador enfermo”, indica que “no obstante, en el nº 2 del art. 6 se habla de las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del mismo artículo que serán determinadas con los métodos de aplicación mencionados en el art. 1 del mismo Convenio 158”. A partir de estas premisas, la resolución concluye que “el nº 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT encuentra en nuestra legislación un límite en su aplicación, establecido en el art. 52 d) del ET³⁴.

En la misma dirección, pero ahora en relación con la redacción del art. 52 d) ET dada por la reforma laboral de 2012 en encuentra la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 (recurso núm. 1190/2013) que estima el recurso presentado contra una resolución judicial que había considerado que el art. 52 d) ET entraba en contradicción con las disposiciones del Convenio 158 OIT debidamente ratificado e incorporado a nuestro ordenamiento interno y que, por tanto, debía ser aplicado.

En este punto, la citada STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013, tras recordar la regulación contenida al respecto en el Convenio 158 OIT, recuerda que la justificación de la causa de extinción contenida en el art. 52 d) ET, ha sido admitida por la doctrina del Tribunal Supremo de la que cabe concluir que “la lucha contra el absentismo es un objetivo legislativo legítimo, sin que parezca inadecuado relacionar esta causa de despido con las necesidades de funcionamiento de la empresa. No desaparece esta justificación por el dato de que se haya dejado de exigir un porcentaje de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo”.

³² Vid. J. López López, “Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de OIT y comunitarias: la desestabilización por la reforma laboral (2012)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 43. Vid. también, M.M. Ruiz Castillo, “El despido por absentismo...” cit. pág. 364, que considera que “se trata de una causa de extinción que viola el art. 6 del convenio 158 OIT, en el que se excepciona como causa justificada de terminación de la relación de trabajo la ausencia temporal del mismo por motivo de enfermedad o lesión con certificación médica. En la misma dirección, puede consultarse GIL GIL, J.L. (Coord.): *Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT*, Ed. JURUA, 2014.

³³ ASI2013\1715.

³⁴ JUR\2006\279688.

A partir de estas premisas, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 considera que la concreción del principio general del art. 4 del Convenio 158 OIT se encuentra en los arts. 5 y 6 del mismo, de los que se desprende que existen unos supuestos que ineludiblemente haya que calificar como motivos ilegítimos que en ningún caso pueden constituir causa justificada para la terminación del contrato, que son los del art. 5, y otro diferenciado, el de la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, que tiene un tratamiento propio en el art. 6.

Precisamente del examen del art. 6 del Convenio 158 OIT en relación con el art. 1 del mismo, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 deduce que el art. 52 d) ET no contraviene lo dispuesto en el citado convenio internacional. A tal efecto, considera que “si bien como regla general se dispone (art. 6.1) que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, seguidamente se establece (art. 6.2.) que determinados elementos de esa regla general pueden ser precisados de conformidad con los métodos de aplicación del convenio, es decir, a través de la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales o cualquier otro método que sea válido conforme a la práctica nacional”. Según el Tribunal, “ello implica que la definición de ausencia temporal y las posibles limitaciones a la regla general del apartado 1 del art. 6 quedan derivadas a lo que disponga la norma legal o el convenio colectivo en nuestro ordenamiento nacional”.

En definitiva, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 concluye que “no puede compartirse que exista contradicción entre el art. 52 d) ET y el convenio 158 OIT, toda vez que la norma internacional habilita en esta materia concreta a la nacional. Ese desarrollo efectuado por la norma legal española no desvirtúa lo dispuesto en el convenio, pues no se abre ilimitadamente la posibilidad de despedir por ausencias temporal por enfermedad o lesión, sino que se contrae esa eventualidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes”. Asimismo, discrepando del criterio de la sentencia de instancia, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 no considera “que sea decisivo y trascendente para legitimar esta regulación el dato de la exigencia de un porcentaje total de absentismo de la plantilla, pues aun habiendo desaparecido tal elemento en la redacción del RD-Ley 3/2012 y en la Ley 3/2012, subsiste el absentismo del trabajador individual determinado de una forma objetiva, así como las exclusiones del párrafo segundo del art. 52 d) ET, configurando un régimen nacional que se halla permitido por el art. 6.2 del convenio 158 OIT”.

En la misma dirección, la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 (recurso núm. 402/2014) mantiene que “no consideramos que se haya infringido el Convenio OIT 158. Si bien como regla general el art. 6.1 de este Convenio dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad no es causa justificativa de terminación de la relación laboral, seguidamente el art. 6.2 del citado Convenio establece determinados elementos de esa regla general pueden ser precisados de conformidad con los métodos de aplicación del Convenio, es decir, a través de la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales o cualquier otro método que sea válido conforme a la práctica nacional. Eses desarrollo efectuado por la norma española no desvirtúa el Convenio 158 OIT, pues no se abren ilimitadamente las partes para despedir por ausencias temporales derivadas de enfermedad o lesión, sino que se contrae esa posibilidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes.

La Sentencia del Juzgado núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 (procedimiento núm. 679/2013), sin embargo, considera al respecto que la remisión que se hace en el art. 6.2 del Convenio 158 OIT a la legislación nacional es, exclusivamente, en cuanto a la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la prohibición, pero no habilita para excluir de la prohibición de despido a las ausencias temporales por causa de enfermedad de corta duración. A tal efecto, se remite al informe de la Comisión de expertos de la OIT en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado “Estudio General de 1995” que considera que si bien el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales, si la ausencia se define sobre la base de la duración, “se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor”.

Por todo ello, la citada sentencia concluye que el art. 52 d) ET, en sus diferentes redacciones, ha conculcado el art. 6 del Convenio 158 OIT, si bien, esta circunstancia se ha acentuado manifiestamente tras la aprobación de la Ley 3/2012, en la medida que se desvincula la facultad extintiva del absentismo colectivo, que se configuraba como una dificultad objetiva a superar, por la onerosidad y disfunción organizativa y productiva que genera, centrándose a partir de ahora exclusivamente en el trabajador enfermo, individualmente considerado.

2. La “enfermedad asimilada a discapacidad” como vía de inaplicación del art. 52 d) ET.

El punto de partida al que han acudido los órganos judiciales para llevar a cabo una interpretación del art. 52 d) ET que permita su inaplicación en determinados supuestos en que las ausencias se deben a la enfermedad del trabajador, en particular, cuando se deban a una enfermedad crónica o de larga duración, se encuentra en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que amplía el concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2. b) de la Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –curables o no- generen limitación en el trabajo. En este contexto, el redactado actual del art. 52 d) ET podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78, 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”. A esta conclusión llega la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 (asunto Ring), al conocer del caso de dos trabajadoras danesas despedidas por reiteradas inasistencias al trabajo derivadas de dolencias lumbares y cervicales, mantiene que “el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que 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”.

Esta interpretación de lo que deba entenderse por “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78 y que ahora pasa a comprender también la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional, constituye una evolución sustancial de la anterior doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta materia, recogida en la Sentencia de 11 de julio de 2006 (Asunto Chacón Navas)³⁵, que diferenciaba más nítidamente el concepto de “enfermedad” y el de “discapacidad”, lo cual permitía concluir que el despido de un trabajador exclusivamente por causa de enfermedad no podía considerarse una discriminación por causa de discapacidad, no en vano, los motivos de discriminación recogidos en el art. 1 de la citada directiva constituyen una lista cerrada y exhaustiva, que no puede ampliarse a otros motivos de discriminación³⁶. A tal efecto, se ha considerado que la interpretación dispensada en la Sentencia de 11 de julio de 2006 era incluso más restrictiva que la efectuada por el Tribunal Supremo, que al menos dejaba abierta una posibilidad de que en algunos casos la enfermedad se pudiera subsumir en el inciso final del art. 14 CE (en concreto, cuando se trata de una causa de segregación)³⁷.

Esta evolución del concepto de discapacidad tal vez se deba a la ratificación por parte de la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad, en cuyo art. 1 dispone que son personas con discapacidad aquellas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.

A partir de este nuevo concepto de discapacidad, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 concluye que “la directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”. A tal efecto, la resolución pone de manifiesto que “un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de que se le aplique el plazo de preaviso abreviado (...) que un trabajador sin discapacidad. En efecto (...) un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite de 120 días (...). Por tanto, queda de manifiesto que la regla de los 120 días prevista en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trabajo indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del art. 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”.

³⁵ Vid. R. Doctor Sánchez-Migallón, “El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 719/2006.

³⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea distingue entre “discapacidad” y “enfermedad” y define “discapacidad” como una “limitación derivada de las dolencias físicas, mentales o psíquicas” y que supone “un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. El Tribunal considera que el legislador comunitario deliberadamente escogió el término “discapacidad” para excluir la enfermedad del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Asimismo, afirma que la Directiva no contiene ninguna indicación que sugiera que los trabajadores se encuentren protegidos tan pronto aparezca cualquier enfermedad, al contrario, considera que ésta tiene por objeto proteger a las limitaciones de larga duración”.

³⁷ En esta dirección, J. Escribano Gutiérrez, “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2007, pág. 11.

La doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 ha sido calificada por algún autor como una verdadera rectificación de la doctrina³⁸. Para otros autores, sin embargo, se trata no tanto de una rectificación sino de una matización, ya que se mantienen los requisitos exigidos por la STJCE de 2006 en el sentido de que se produzca una limitación derivada de dolencias, que sea un obstáculo para la vida profesional, y que sea de larga duración³⁹.

En este contexto, la nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se acaba de exponer, que procede a asimilar o integrar en el concepto de “discapacidad” a las enfermedades de larga duración que generen limitación, obliga a efectuar una interpretación del art. 52 d) ET que se adapte a este nuevo concepto ampliado de discapacidad y, por tanto, al mayor ámbito de protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78 y, muy especialmente, a la prohibición de despedir por causa de discapacidad que se deriva del art. 2.2.b) de la misma, cuando dispone 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”. En esta línea parece manifestarse, aunque sin entrar en el fondo del asunto, la STS de 25 de noviembre de 2014 al afirmar que a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013 hay que matizar o precisar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación, recogida entre otras en las sentencias de 22 de enero de 2008 y de 22 de noviembre de 2007 a las que hemos hecho referencia con anterioridad.

De conformidad con esta nueva interpretación que se propone, a los efectos de la causa extintiva prevista en el art. 52 d) ET, no deberían ser computadas entre las ausencias justificadas las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades que, por su larga duración y la limitación que comportan, hayan de ser incluidas en este concepto ampliado de “discapacidad”. A mayor abundamiento, la extinción del contrato en estos supuestos no se puede encontrar justificada por la finalidad de facilitar la extinción del contrato del “absentista profesional” y de los “trabajadores que no sean suficientemente productivos”, puesto que aunque se admitiera la legitimidad de estas finalidades, en ningún caso los medios adoptados para la consecución de las mismas serían adecuados y necesarios, en tanto que dichas finalidades difícilmente podrían justificar una norma que habilita, indiscriminadamente, para despedir, entre otros, a los trabajadores en situación de baja y/o incapacidad, en el concepto amplio expuesto, los cuales en su inmensa mayoría no tienen intencionalidad absentista alguna.

En aplicación de esta doctrina, como ya ha llevado a cabo la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 (procedimiento núm. 679/2013), la extinción del contrato de un trabajador por sus ausencias motivadas por la enfermedad crónica que el mismo padece, debe quedar fuera del ámbito de cobertura del art. 52 d) ET, no en vano, se fundamenta en las situaciones de incapacidad temporal generadas por una enfermedad asimilada a la discapacidad, lo cual supone una clara discriminación a tenor de lo dispuesto por el art. 2 de la Directiva 2000/78, que cualifica como discriminación directa todo acto

³⁸ A.V. Sempere Navarro, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013.

³⁹ M.T. Velasco Portero, “El despido del trabajador en el contexto de una enfermedad y sus posibles colisiones con diversos derechos fundamentales”, en *XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014.

desfavorable por causa de discapacidad⁴⁰. En otros términos, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, el supuesto de hecho descrito en el art. 52 d) ET debería limitarse a aquellas enfermedades que no son objeto de protección por la Directiva 2000/78/CE, es decir, que no generan una limitación de larga duración y, por tanto, impeditivas de la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Por el contrario, en caso de llevarse a cabo el despido del trabajador motivado en una enfermedad asimilada a la discapacidad, dicha extinción contractual llevada a cabo debería ser declarada nula⁴¹.

Como puede observarse, en estos supuestos no se fundamenta la nulidad del despido en el hecho de que la extinción del contrato se deba al estado de enfermedad del trabajador, sino en el hecho de que dicha enfermedad, al reunir determinadas características, puede ser asimilada a la discapacidad y, por tanto, ser merecedora de la tutela antidiscriminatoria prevista para estos supuestos por nuestro ordenamiento jurídico⁴². Por el contrario, aún quedan huérfanos de una tutela adecuada todos aquellos supuestos de enfermedad que no pueden ser asimilados a la discapacidad, para los cuales sigue siendo necesaria una intervención tuitiva del legislador que contemple a la enfermedad o al estado de salud como factor de discriminación.

Una manifestación de esta circunstancia la encontramos en la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 que al conocer de un despido por ausencias del trabajador en base al art. 52 d) ET motivadas por diferentes patologías, entre las que se encontraban “dolor de escápula, epicondilitis, problemas gástricos, fascitis plantar y prevención de la diabetes” concluye que “no encontramos conexión causal entre el caso presente y la STJUE 11-4-13 que se refiere a la “discapacidad” en el sentido de una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas de larga duración que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la perso de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Las dolencias y limitaciones de la actora no han supuesto bajas ni limitaciones para trabajar de larga duración, no superando los 20 días, y desde luego no merecen el calificativo de graves, en el sentido de que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o de otra dolencia que pueda comprometer la vida del paciente si no se trata adecuadamente, pues, en efecto, sus patologías consisten en dolor de ecápulas, facitis plantar y prevención de diabetes, epincondilitis y problemas gástricos”.

En cualquier caso, la inaplicación del art. 52 d) ET en aquellos supuestos en que las ausencias al trabajo se deben a una enfermedad crónica o de larga duración, tal vez constituya una de las primeras manifestaciones del cambio de doctrina que ha llevado a cabo la sentencia del Tribunal de Justifica de la Unión Europea según la cual el concepto de discapacidad también abarca a partir de ahora la enfermedad de larga

⁴⁰ C. Molina Navarrete, “La ilegitimidad constitucional del despido...” cit. pág. 192, pone de manifiesto las sólidas bases de esta interpretación. M.T. Velasco Portero, “El despido del trabajador...” cit. también califica esta interpretación como “muy interesante”.

⁴¹ Esta conclusión ya había sido avanzado por A.V. Sempere Navarro, “Discriminación laboral...” cit., que indica al respecto que “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”.

⁴² D. Enjuto Jareño, “Incapacidad temporal y despido: ¿nulidad o improcedencia? Comentario a la sentencia número 241/2007 del TSJ de Cataluña, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 y la sentencia número 62/2008 del Tribunal Constitucional”, *IUSlabor*, núm. 1, 2008, págs. 14 y 15, considera al respecto que la confusión entre enfermedad y discapacidad conlleva riesgos, en concreto el de que la imposibilidad de facto de despedir a trabajadores en situación de baja por incapacidad traiga como consecuencia que seta figura se convierta en un refugio para trabajadores que puedan prever la extinción de su contrato”.

duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional y que supone extender la tutela antidiscriminatoria a estos supuestos, pero seguro que no será la única consecuencia de este cambio de doctrina, no en vano, como ya se ha anticipado por la doctrina, “son múltiples las derivaciones prácticas que pueden extraerse en diversos órdenes (prevención de riesgos laborales, contratación, relaciones procesales, procedimientos judiciales, etc.)”⁴³.

⁴³ Vid. A.V. Sempere Navarro, “Discriminación laboral...” cit.