

Universidad de La Laguna
Máster en Dirección de Recursos Humanos
Curso 2019/2020
Convocatoria: Junio

**EL ABSENTISMO POR INCAPACIDAD TEMPORAL COMO
CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE
SU DEROGACIÓN**

[REDUNDANCY DUE TO ABSENTEEISM CAUSED BY SICK LEAVE: AN ANALYSIS
IN THE LIGHT OF ITS REPEAL]

Nombre del alumno: D. Alejandro Ayala Maestre
Nombre del tutor: D. Juan José Rodríguez Bravo de Laguna
Departamento: Derecho Público y Privado especial y Derecho de la Empresa
Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)
<p>Este trabajo de investigación pretende llevar a cabo un análisis del despido objetivo por absentismo laboral que era regulado en el recientemente derogado art. 52 d) del ET. Para ello, se aborda en primer lugar cómo ha sido su evolución legislativa. En segundo lugar, se analiza la jurisprudencia comunitaria, que se ha ido pronunciando sobre aquellos supuestos que pueden considerarse discriminatorios. Posteriormente, se estudiará la reciente sentencia del Tribunal Constitucional que avaló la constitucionalidad de esta medida extintiva. Finalmente se tratará la derogación de este artículo mediante el RDL 4/2020, de 18 de febrero, y las cuestiones planteadas en torno a su actual impacto.</p>

Palabras clave: Absentismo laboral, despido objetivo, discriminación, incapacidad temporal.

ABSTRACT
<p>This research aims to address an analysis of redundancy based on absenteeism, which was regulated in the recently repealed article 52 d) of the Workers' Statute. With this objective, it addresses firstly the legislative evolution. Secondly, it analyses the european case law, which has pronounced about those cases which could be considered as discriminatory. Subsequently, the recent sentence of the Constitutional Court will be studied, which supported the constitutionality of this practice. Finally it will examine the repeal of this article by Royal Decree-Law 4/2020 of 18th February, and the issues raised about its current impact.</p>

Keywords: Absenteeism, redundancy, discrimination, sick leave

"El hombre tiene una dignidad. Lograr tal dignidad es la misión especial del Derecho del Trabajo. Su función consiste en evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas".
(Hugo Sinzheimer, *La esencia del Derecho del Trabajo*, 1927)

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5
1. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO LABORAL	6
2. EL PAPEL PROTECTOR DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA .	12
2.1. Caso Chacón Navas	13
2.2. Caso Ring.....	15
2.3. Caso Daouidi	18
2.4. Caso Ruíz Conejero	21
2.5. Caso Nobel Plásticos	22
3. EL IMPACTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 118/2019, DE 16 DE OCTUBRE	25
4. ANÁLISIS DEL RDL 4/2020, DE 18 DE FEBRERO	30
4.1. El art. 52 d) del ET y sus dudas interpretativas hasta el momento de su derogación .	30
4.2. Contenido del RDL.....	33
4.3. Situación tras su publicación	36
4.4. Estado actual de su tramitación parlamentaria.....	37
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	40

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
EE.MM	Estados Miembros
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETOP	Económicas, técnicas, organizativas y productivas
IT	Incapacidad temporal
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
JS	Juzgado de lo Social
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
Nº	Número
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pág.	Página
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RDL	Real Decreto-Ley
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
Sr./Sra.	Señor/Señora
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El absentismo laboral es definido por la OIT como “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir quedando excluidos los periodos vacacionales y las huelgas; y el absentismo laboral de causa médica, como el periodo de baja laboral atribuible a una incapacidad del individuo, excepción hecha para la derivada del embarazo normal o prisión”¹. Simplificando la definición podría entenderse como la ausencia laboral por causas justificadas o injustificadas. Durante el año 2019 en España se alcanzaron altos datos de absentismo en las empresas, llegando a obtener un número de ausencias diarias de más de un millón de trabajadores, de los cuales aproximadamente 759.000 (un 73,6%) se ausentaron por motivos de baja médica, mientras que 258.000 (26,4%) no acudieron a su trabajo a pesar de no estar en situación de baja médica. Estos datos han supuesto para las empresas una pérdida en el último año de un 5,1% de las horas pactadas². Este elevado absentismo genera grandes pérdidas en la productividad empresarial, además de costes directos e indirectos, por lo que los empresarios han intentado combatir el absentismo mediante la vía de la extinción laboral de los arts. 52 d) y 54.2 a), del RDL 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

Como puede observarse, un elevado número de las ausencias se justifica en motivos de salud que ocasionan bajas médicas por IT, entendiéndose por tal la “situación en la que el trabajador está imposibilitado temporalmente para trabajar y recibe asistencia sanitaria”³. Pese a encontrarse el trabajador en esa situación ver extinguida su relación contractual si alcanzara una concreta repetición de ausencias en un determinado periodo de tiempo. Se reguló para ello una causa específica de despido objetivo en el art. 52 d) del ET. No obstante, su aplicación ha generado gran conflictividad jurisprudencial, principalmente a la hora de ponderar, por un lado, la salud y seguridad del trabajador, y por otro lado, la libertad del empresario y su derecho a obtener

¹ Disponible en www.ilo.org (consultado el 22 de mayo de 2020)

² Así se pone de manifiesto en el informe sobre absentismo laboral publicado por la empresa Adecco para el 4º trimestre de 2019, disponible en www.research.randstad.es; y por el INE en su encuesta trimestral de coste laboral, referida al primer trimestre de 2020, disponible en www.ine.es (consultas realizadas el 22 de mayo de 2020).

³ Disponible en www.seg.social.es (consultado el 22 de mayo de 2020).

productividad. Igual controversia ha suscitado la delimitación de los supuestos que pueden considerarse nulos por ser discriminatorios, cuestión que ha ido aclarándose por los continuos pronunciamientos del TJUE, tratando de manifestar la diferencia entre enfermedad y discapacidad. No obstante, los órganos judiciales nacionales han tenido pronunciamientos contradictorios, no solo respecto a los supuestos que pueden considerarse discriminatorios sino validando incluso la constitucionalidad de la medida, como así lo hizo la reciente STC 118/2019, de 16 de octubre. Cabe destacar que la incapacidad temporal es un tipo de absentismo con tendencia ascendente, que se debe principalmente al envejecimiento poblacional y al aumento de enfermedades físicas y crónicas, por lo que será una causa cada vez más presente en las empresas, y han de establecerse medidas adecuadas para combatir esta perjudicial tendencia.

Tan amplio ha sido el debate de esta materia en los últimos tiempos, que finalmente el art. 52 d) del ET ha sido derogado mediante el RDL 4/2020, de 18 de febrero, con el fin de garantizar una mayor protección y seguridad jurídica a aquellos colectivos más vulnerables, haciendo cumplir así los derechos fundamentales de los trabajadores y fijando un marco de equidad entre la normativa española y la normativa internacional.

1. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO LABORAL

Como se ha expuesto, el precepto regulador de la materia objeto de estudio ha sido recientemente derogado. Para entender el sentido de esa derogación es preciso analizar previamente el origen y posterior evolución en la regulación de esta figura jurídica. La primera referencia del despido objetivo en el ordenamiento jurídico español, la encontramos en el RDL 23 de agosto de 1926, por el que se aprueba el Código del Trabajo. En su art. 21 se regulaban las primeras causas por las que el empresario podía dar por terminado el contrato de trabajo. Para ello debía acontecer una “justa causa a favor del patrono que diera por terminado antes del plazo del vencimiento”⁴. La principal causa reconocida era la reiteración de faltas en las propias condiciones del contrato de trabajo. Entre tales causas se citaba “la falta repetida a las condiciones propias del contrato”.

⁴ Art. 21 del RDL de 23 de agosto de 1926, Código de Trabajo.

No obstante, el primer antecedente claro sobre las causas del despido objetivo se encuentra en la Ley de Contratos de Trabajo de 1931. Se contemplaba la idea de que no todas las ausencias en el puesto de trabajo debían terminar con un despido, entendiendo que no todas son evitables. Su art. 80 comenzaba su redacción como “fuera del caso de enfermedad” para referirse a la enfermedad del trabajador como ausencia justificada. Precedía el precepto como que el trabajador podría faltar a su puesto de trabajo siempre que hubiera un aviso previo y cuando no excediera la ausencia al tiempo de una jornada de trabajo en casos de muerte o enfermedad de familiares; o “ausencia por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber público, impuesto por ley o disposición administrativa”. Este precepto es el precedente del art. 37.3 del ET, regulador de los supuestos de permiso retribuido, dado que el trabajador tenía el derecho a seguir percibiendo su compensación salarial. En segundo lugar, el art. 89.6 de esta ley dictaba que podría producirse el despido en aquellas situaciones donde sucedieran faltas repetidas e injustificadas de asistencia al puesto de trabajo, entendiendo que las faltas justificadas son únicamente las dictadas en el art.80 de esta propia Ley. El art. 90 tiene especial importancia en cuanto al tema del presente trabajo de investigación, debido a que regulaba la prohibición de que terminara un contrato de trabajo en situaciones de incapacidad temporal derivada de un accidente o enfermedad, siempre y cuando no excediera del plazo dictado por el ordenamiento jurídico de aquel momento, y no fuera atribuible al trabajador.

En el año 1977 se aprueba el RDL 17/1977, de 4 de marzo sobre Relaciones de Trabajo. Una de sus principales aportaciones fue diferenciar dos categorías jurídicas: el despido disciplinario y el despido por causas objetivas. El art. 33 contempla las causas de despido disciplinario y hace referencia a las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencia. En el capítulo III de este RDL, se agrupan dos situaciones para un despido objetivo, bien por circunstancias derivadas de la capacidad del trabajador, o bien por las necesidades del funcionamiento de la empresa. El primer artículo de este capítulo contempla que “las faltas, aun justificadas, de asistencia al trabajo, cuando fueran intermitentes, superen en un año el 30% de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración”. Además, cabe mencionar la importancia del art. 43, que introduce los conceptos de despido procedente, improcedente y nulo.

Este RDL 17/1977 fue derogado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, que da lugar al primer Estatuto de los Trabajadores. Esta sustituye el término despido objetivo por “extinción del contrato por causas objetivas”, pero su principal diferencia respecto del RDL 17/1977 es que su intención era “luchar contra cualquier tipo de absentismo, y no sólo contra el producido por morbilidad excesiva del trabajador, por lo que, el objetivo, era poner fin a la excesiva onerosidad sobrevenida para el empresario, de lo que se deducía que el bien jurídico protegido de la norma era la productividad de la empresa”⁵.

Para ello modifica la redacción de la causa de despido introduciendo cambios de notable relevancia que han pervivido hasta el año 2020. Así se contempla que la extinción del contrato podrá deberse a faltas al trabajo aún justificadas pero intermitentes de hasta un 20% de la jornada en un periodo de 2 meses consecutivos o un 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, tal y como recoge el art. 52 d) del ET. Esta modificación disminuyó el porcentaje anterior de ausencias posibles que estaba en un 30%. En este mismo artículo se introduce una medida innovadora, al exigirse adicionalmente para que pueda operar la causa despido que haya un 5% de absentismo en la plantilla en un único centro de trabajo. Esta medida buscaba paliar el alto absentismo que había en las empresas, haciendo que el empresario llevara un cálculo de las faltas de asistencia y los motivos de estas ausencias, para así localizar cuando el absentismo individual pudiera ser sancionable con un despido objetivo. Quien esto suscribe entiende que este artículo más que expresar un deber del trabajador, tenía la intención de mejorar la productividad del mercado de trabajo, además de llevar un mayor registro de las prestaciones obtenidas en la Seguridad Social, por parte de los trabajadores que se ausentaban de su puesto de trabajo.

Este descenso porcentual de las ausencias del trabajador del 25%, se entiende como un mayor control del absentismo laboral en las empresas, debido a que tanto empresarios como sindicatos entendían que un 30% de ausencias era un porcentaje elevado. Pero al mismo tiempo el legislador añadía más motivos que no computarían

⁵ DURÁN LÓPEZ, F.: “La excesiva morbilidad como causa del despido”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 6, 1981, pág. 226.

como faltas de asistencia siendo estas “las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos”⁶.

En 1994 se lleva a cabo una reforma laboral mediante la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modificó ciertos artículos del Estatuto de los Trabajadores, refrendándose finalmente en el RDL 1/1995 que aprobaba la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Respecto al art. 52 d) no se produce ningún tipo de cambio, pero es esencial citar, la modificación en el art. 55.5, al contemplar que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. Al respecto, el art. 14 de la CE establece que los españoles son iguales ante la ley y no podrá ser discriminatoria ninguna circunstancia personal, debiendo englobar aquí cualquier tipo de enfermedad que genere el absentismo en el trabajo. Es decir, que todo aquel despido que se realice por una enfermedad será discriminatorio y consiguientemente declarada su nulidad.

El precepto permaneció inalterado hasta la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Esta ley modificó mediante su disposición adicional vigésima el porcentaje del 5% de absentismo laboral que debía haber en el total de la plantilla para poder realizar un despido objetivo reduciéndose a un 2,5%. Esta disminución en el porcentaje exigible no tuvo presente el distinto alcance que había entre pymes y una gran empresa, ya que ese porcentaje del 2,5% no representa lo mismo en todas las organizaciones.

En todo caso esta reforma pretendió aportar al empresario mayor flexibilidad a la hora de finalizar el contrato de un trabajador que se ausenta del trabajo. Así lo ha manifestado un sector de la doctrina científica “por considerar que esta disminución del porcentaje dotaba de mayor operatividad a una causa extintiva en desuso, precisamente por las dificultades halladas por las empresas para probar el

⁶ Art. 52 d) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

cumplimiento de los niveles de absentismo exigidos por la norma”⁷. Otra aportación destacable de esta ley fue la incorporación de nuevos motivos que no computan como ausencia, en concreto, el embarazo, la enfermedad derivada del embarazo o situaciones de violencia de género. Además, cabe destacar que en líneas generales se opta por la flexibilidad a favor del empresario, también reduce el periodo de preaviso a 15 días naturales (anteriormente 30), y la indemnización por despido objetivo descendió a 20 días por año de servicio.

La modificación en materia de despido objetivo por absentismo laboral debería girar en torno a tres pilares básicos⁸: El primero, la modificación de los períodos de referencia para adecuarlos al cómputo de las ausencias. Se computaban en meses o años, lo lógico sería que se determinasen en días de trabajo efectivo, es decir días hábiles. El segundo debería ser el incremento del límite de duración de las incapacidades temporales, que era fijado en 20 días y se creía que debería durar más que este periodo; y por último la supresión de la exigencia de un nivel concreto de absentismo en plantilla.

Tras dos años polémicos por las decisiones adoptadas en la reforma laboral del año 2010, además de la situación de recesión económica de nuestro país, se decidió introducir novedades mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con el principal objetivo de obtener empleabilidad y evitar la destrucción de empleo. De gran calado es la modificación que se introduce en el apartado d) del art. 52 del ET. Realmente no introdujo nada nuevo en el artículo, sino que suprimió un requisito que era importante para la configuración de esta causa de despido. “Hasta esta reforma este tipo de extinción requería la combinación de dos factores para la procedencia de la medida extintiva: el factor individual y el colectivo”⁹. La nueva redacción del artículo suponía eliminar el porcentaje requerido en el absentismo total de la empresa. Este aspecto genera que el despido por absentismo pase a una vertiente de carácter individual, lo cual resulta más ecuánime

⁷ ALZAGA RUIZ, I.: “El absentismo del trabajador como causa del despido objetivo”, *Revista española de derecho del trabajo*, nº 150, 2011, pág. 403.

⁸ BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la ley 35/2010”, en AAVV: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 94.

⁹ BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 122.

tanto para la empresa como para el trabajador. De ese modo factor colectivo fue disminuyendo de un 5% a un 2,5%, hasta ser inexistente.

Así las cosas “la ratio legis del precepto es clara: la excesiva onerosidad que para el empresario supone mantener contratado a un trabajador cuyas constantes ausencias implican que no preste el servicio que de él se espera, provocando, además, un coste añadido para la empresa, bien por la necesidad de abonar a su cargo la prestación de Incapacidad Temporal en los supuestos de enfermedad o bien por el coste de asumir una sustitución”¹⁰. Ciertamente el efecto que tiene esta modificación es el de facilitar aún más la extinción de los contratos laborales en estos casos de faltas de asistencia al trabajo, en otras palabras: “los empresarios tienen una mayor capacidad extintiva gracias a esta modificación, lo cual sumado al resto de alteraciones de la regulación del despido evidencia que la reforma ha supuesto un incremento sustancial de la capacidad unilateral del empresario de dar por extinguido el contrato de trabajo”¹¹. Además, la supresión de la exigencia de un mínimo de absentismo en el cómputo total de la plantilla se valora como una medida proteccionista con las pymes, “aquellas para las que el absentismo se vive como un drama, no suelen contabilizar el porcentaje de absentismo de todos los trabajadores, porque no han implementado medidas de control específico, pues no pueden destinar para ellos los recursos humanos y el tiempo que ello necesita”¹². Desde el punto de vista del trabajador, se valora como la eliminación de un posible “salvoconducto para la minoría de trabajadores con elevados índices de ausencias”¹³, aprovechando el absentismo de su equipo de trabajo para también ausentarse. En contraposición, quien esto suscribe valora, que la eliminación de este factor colectivo para el despido objetivo por absentismo elimina protección a trabajadores que encadenen enfermedades reales de corta duración, ya que podrán ser despedidos sin constatar el perjuicio que esto pudiera ocasionar a la productividad de una organización.

¹⁰ *Ídem*, pág. 123

¹¹ GORELLI HERNANDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 115, 2012, pág 302.

¹² ARIAS DOMINGUEZ, A.: “Despido por absentismo” en AAVV: “Preguntas sobre la reforma laboral 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5, 2012, versión digital (BIB 2012/2795).

¹³ RAMOS MORAGUES, F.: “El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral del 2012”, *Revista de jurisprudencia*, 2013, disponible en www.revistas.elderecho.com (Consultado el 21 de abril de 2020).

Independientemente de la eliminación de este carácter, la regulación del art. 52 d) del ET es deficiente bajo mi punto de vista, pues no determina cómo se debe computar el 20% en dos meses consecutivos, ni el 25% en cuatro meses discontinuos. No se especifica si son días naturales o laborables, o cómo debe ser el recuento del número de horas que habría que computar en una jornada. Además, debe destacarse, en crítica a la redacción de este art. que “la literalidad de la norma permite que sean posibles dos interpretaciones diferentes del precepto: que se tengan en cuenta sólo las faltas justificadas (interpretación correcta), o que se computen tanto las justificadas como las injustificadas. Hubiera sido deseable una nueva redacción que aclarase que sólo entran en esta causa de despido las faltas de asistencias que cuentan con una justificación”¹⁴. Cabe añadir que esta Ley del 2012 introdujo también la ausencia por tratamiento de cáncer o enfermedad grave como un supuesto de exclusión para la extinción del contrato por absentismo.

Finalmente, nos ubicamos en el contexto actual, con la modificación llevada a cabo el pasado febrero del año 2020. Tras la insistencia del gobierno actual sobre la “lesión que este artículo genera a los derechos laborales de los trabajadores”¹⁵, especialmente a aquellos que padezcan algún tipo de enfermedad o discapacidad, junto a la presencia de diversas sentencias que respaldan esta decisión, desde el asunto C-13/05, de 11 de julio de 2006 (caso Chacón Navas) hasta el asunto C-270/16, de 18 de enero de 2018 (caso Ruíz Conejero), finalmente el art. 52 d) del ET ha sido derogado. Esta derogación se aprueba en el RDL 4/2020, de 18 de febrero, por lo que ya no es posible despedir objetivamente a un trabajador por absentismo laboral basado en enfermedad. El citado RDL 4/2020 será analizado en profundidad con posterioridad.

2. EL PAPEL PROTECTOR DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Tras la implantación de la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en la UE, con el fin de hallar una igualdad real de trato, ha generado una nueva situación a la hora de despedir a un trabajador por discapacidad o baja médica en los países que conforman la UE, y

¹⁴ GORELLI HERNANDEZ, J.: *op. cit.*, pág 302.

¹⁵ Así se exponía en el acuerdo alcanzado entre los partidos PSOE y Podemos el pasado mes de diciembre de 2019 denominado “Coalición progresista: Un nuevo acuerdo para España”, disponible en www.psoe.es (consultado del 4 de mayo de 2020).

especialmente en el caso que nos comprende, en España. Esta Directiva no precisa concretamente qué se considera como discapacidad, y tampoco especifica el grado que debe tener una enfermedad para que sea contemplada como discapacidad. Por lo que este tema ha sido tratado de manera meticulosa por el TJUE. Especialmente destacan cinco sentencias del TJUE que han sido la base de la interpretación que ha venido haciendo la doctrina judicial española a la hora de analizar la calificación de un despido (como nulo o improcedente) cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal, es decir, cuándo la enfermedad se puede considerar como discapacidad y constituir un factor discriminatorio.

2.1. Caso Chacón Navas

Esta sentencia del TJUE de 11 de julio de 2006, asunto C- 13/05, es pionera en la materia, no obstante, aporta una visión taxativa de la Directiva 2000/78 de la UE. La trabajadora Sonia Chacón Navas, demanda a su empresa tras ser despedida durante un periodo en que la trabajadora se encontraba en situación de baja laboral por enfermedad. La empresa reconoció que no aportó ninguna causa al despido y el propio empresario admitió el despido como improcedente, ofreciéndose a pagar la indemnización correspondiente. Sin embargo, la Sra. Chacón Navas entendía que su despido era nulo, por haber sido discriminada debido a su enfermedad, y solicitaba la readmisión a su puesto de trabajo. El Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, admite que el despido basa su causa en la enfermedad, pero alude a la ausencia de regulación en el ordenamiento interno, y a que “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal”, además cuestiona si una enfermedad puede desencadenar en discapacidad, porque según define la OMS “discapacidad es un término genérico que abarca las deficiencias y los factores que limitan la actividad y la participación en la vida social”¹⁶. Acudiendo al art.14 de la CE, no recoge la enfermedad como una causa discriminatoria, sin embargo, quien esto suscribe considera que esto podría tener cabida en la expresión contenida en el mismo y referida a “otra circunstancia personal o social”.

Tras ello, el juez remite dos cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera era la consideración de enfermedad dentro del término discapacidad. Y su segunda cuestión

¹⁶ Disponible en www.who.int/es (consultado el 6 de abril de 2020).

fue si una situación de enfermedad podría ser considerada discriminatoria por la Directiva 2000/78 a pesar de no estar citada en esta.

La primera cuestión fue respondida de manera negativa. Se consideraba que para que la enfermedad estuviera considerada dentro del campo entendido como discapacidad, debe tener una duración larga o permanente, o que tenga su origen en una enfermedad anterior o problema fisiológico de la persona. Por consiguiente, expresa que “un despido por enfermedad sólo puede constituir un acto discriminatorio por motivo de discapacidad, prohibido por la Directiva 2000/78, si la persona afectada puede demostrar que el despido no está motivado por la propia enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma”¹⁷.

En cuanto a la segunda consulta, el TJUE no entiende el despido por enfermedad como discriminatorio. Podemos entender que la ausencia del término enfermedad, como razón discriminatoria fue excluida de manera consciente en la Directiva, debido a la respuesta en la sentencia del TJUE, donde el juez alega que “es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”. Por su parte “la decisión Chacón Navas fue ampliamente criticada porque introdujo una definición de discapacidad en la cual se ponía el acento en la deficiencia o limitación, de carácter permanente, que situaba a la persona con discapacidad en una posición de desventaja”¹⁸.

Esta sentencia aporta una definición de discapacidad que tendrá repercusión en futuros pronunciamientos al entender que “se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”.

En conclusión, esta sentencia no valora a la enfermedad como causa de discriminación salvo que sea de larga duración o que derive en una situación más perjudicial. Da la razón al empresario considerando el despido como improcedente, y no nulo como reclamaba la Sra. Chacón Navas. El Tribunal en este caso “opta por un mínimo común

¹⁷ STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05.

¹⁸ LASO PÉREZ, J.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HK Danmark”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol 1, nº. 1, 2013, pág 264.

denominador compatible con el modelo médico”¹⁹, sin tener en cuenta factores de carácter social. Estimo que el resultado de la sentencia podía haber sido diferente, en caso de que la demandante hubiera demostrado que su enfermedad iba a prolongarse. Además, el TJUE protege la figura del empresario, en cuanto a la acción de mantener en nómina a un trabajador que no genera productividad a la empresa. No obstante, no ha sido una sentencia concluyente, debido a que ha ido desarrollándose la interpretación del TJUE en las consiguientes sentencias.

2.2. Caso Ring

Esta STJUE de 11 de abril de 2011, C-335/11 y C-337/11, es la única que analizaremos que no procede de un caso planteado en la jurisdicción española. No obstante, es esencial desde un punto de vista evolutivo, debido a que el concepto de discapacidad se ve ampliado, además de ser la primera sentencia dictada tras la aprobación de las Naciones Unidas dictada en la convención relativa a los derechos de las personas con discapacidad²⁰.

En el caso en cuestión, dos trabajadoras danesas demandan a la empresa, tras haber sido despedidas por frecuentes inasistencias al trabajo derivadas de dolores cervicales y lumbares, y entendiendo su despido como discriminatorio por haber tenido lugar mientras estaban de baja laboral por enfermedad. El juzgado danés planteó como cuestión prejudicial al TJUE, cómo debía interpretarse el concepto de discapacidad, y si las medidas tomadas por el empleador son determinantes de este concepto. El TJUE, estableció en esta sentencia que la discapacidad es un concepto que debía evolucionar, por lo que tras la Convención de la ONU, el concepto de discapacidad “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 de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y

¹⁹ CABEZA PEREIRO.: “La discriminación por discapacidad, el caso Chacón Navas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Derecho Internacional y Comunitario*, nº 102, 2014, pág. 304.

²⁰ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por la ONU el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York y ratificado por España mediante Instrumento de fecha 27 de noviembre de 2007.

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”.

Por lo tanto, la enfermedad de larga duración tenga o no cura, cuando comporte limitaciones en la esfera de la vida profesional, queda englobada en el concepto de “discapacidad”. No obstante, se mantuvo el planteamiento de que una enfermedad de corta duración no podría considerarse como sinónimo de discapacidad. Asimismo, es destacable la argumentación aportada en el apartado 43, dictaminando que a pesar de la enfermedad o discapacidad de una persona, esto no implica una exclusión total de su actividad laboral o profesional, debido a que puede ser un obstáculo pero no una imposibilidad para el desempeño. De ese modo, es apreciable que la limitación laboral para ser reconocida como discapacidad, no tiene que ser total, también puede ser parcial.

Esta sentencia puede ser considerada por algunos autores como una rectificación de la doctrina, debido a las críticas generadas por el caso Chacón Navas, pero “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 STJUE 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 duración”²¹. Además, esta sentencia favorece “a la flexibilidad del mercado de trabajo (...), siendo considerada como una medida dentro de la política de empleo susceptible de fundamentar una excepción por razón de interés general a la limitación o restricción de la prohibición antidiscriminatoria”²².

La inaplicación del art. 52 d) del ET en aquellos supuestos en que las ausencias al trabajo se deben a una enfermedad crónica o de larga duración, se configura de este modo como una de las primeras manifestaciones del cambio de doctrina que ha llevado a cabo esta sentencia del TJUE, según la cual el concepto de discapacidad también abarca a partir de ahora la enfermedad de larga duración²³. En nuestro país fue pionero

²¹ VELASCO PORTERO, M.T.: “El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29, 2014, pág 153.

²² MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”, *Temas laborales*, nº 130, 2015, pág 142.

²³ MORENO GENÉ, J.: “La enfermedad asimilada a discapacidad como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo. Comentario a la Sentencia del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016\25104)”, *IUSLABOR*, nº 2, 2016.

en la doctrina del caso Ring, la SJS de Barcelona de 17 de septiembre de 2013²⁴, al fallar que una situación de incapacidad temporal generada por una enfermedad asimilada a la discapacidad no debía incluirse dentro del art. 52 d) del ET, fundamentando que esto daría lugar a una situación de discriminación. No obstante, esta sentencia fue anulada, por el TSJ de Cataluña²⁵, argumentando que la enfermedad juzgada “no es una dolencia de larga duración” y además, porque los medios arbitrados por el legislador al conformar el art. 52 d) del ET serían “adecuados y necesarios, pues los limita sólo a supuestos de bajas cortas, ya que las de más de 20 días no se computan a efectos de justificar el despido ni tampoco cuando, con independencia de su duración obedezca a un tratamiento médico de cáncer o cualquier otra enfermedad grave”²⁶. Se trata de un fallo con el que muestro mi conformidad, porque si bien la enfermedad principal tratada era la migraña, las bajas tomadas en consideración derivaron de diferentes causas, lo que impide que se cumpla el requisito de que la baja se produzca por una enfermedad ligada a discapacidad.

También es reseñable la adaptación al nuevo concepto de discapacidad por parte de la STSJ de Galicia, de 22 de diciembre de 2015 ²⁷, donde se extingue el contrato de una trabajadora por aplicación del art. 52 d) del ET, debido a continuas bajas laborales de escasa duración. La sentencia valora la situación de la trabajadora, como una situación de riesgo, debido a que su enfermedad puede implicar una diferencia de trato indirecta, porque está más expuesta al riesgo de despido que otro trabajador sin ningún tipo de limitación. La STSJ declara nulo el despido en base a la doctrina del caso Ring. Esta sentencia supuso una “interpretación de sentido práctico de la norma legal reformada que integra la más reciente jurisprudencia comunitaria –doctrina Ring– sobre el conocido concepto de “enfermedad equiparable” a la discapacidad. Consiguientemente, implica una considerable ampliación de la tutela

²⁴ Rec. n.º 339/2013.

²⁵ STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2015, rec. n.º 3548/2014.

²⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: *op. cit.*, pág 150.

²⁷ Rec. n.º 3689/2015.

antidiscriminatoria, trascendiendo la previsión textual del artículo 52 d) del ET, que solo tiene en cuenta las enfermedades graves”²⁸.

No obstante, el avance que produjo el caso Ring no fue aplicado por el TS. Claro es el ejemplo de la STS de 5 de mayo de 2015²⁹, al apreciar este que un despido que venga precedido de enfermedad, junto a una serie de bajas médicas, y donde se aplique el art. 52 d) del ET, deberá ser declarado improcedente y no nulo, tal y como dictaba el caso Chacón Navas. La sentencia precisa la dificultosa tarea de equiparar el concepto enfermedad a discapacidad.

Esta contradicción entre los tribunales españoles, en base a qué doctrina había que aplicar, deja clara “la libertad de criterio que se deja al juzgado *a quo* a la hora de valorar los documentos y certificados médicos relativos al trabajador en situación de incapacidad temporal permite que, tras esa labor interpretativa, este pueda dilucidar si concurre o no, junto al despido, una situación discriminatoria que pueda ser determinante para la nulidad del cese”³⁰. En todo caso considero que esta sentencia, que empieza a valorar la enfermedad como una causa de discapacidad, marca un hito en la doctrina del TJUE.

2.3. Caso Daouidi

El caso Daouidi nos aporta aspectos interpretativos esenciales respecto al concepto de discapacidad. Ayuda a establecer el carácter de larga duración de la enfermedad (o accidente en este caso), y su consideración como discapacidad.

La STJUE de fecha 1 de diciembre de 2016, analiza las cuestiones prejudiciales planteadas por el JS nº 33 de Barcelona. El caso que nos ocupa plantea la situación de un trabajador temporal, sin ningún tipo de discapacidad inicial, pero que tras un accidente de trabajo deriva en una situación de incapacidad temporal. Estando dentro

²⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido por enfermedad crónica y productividad: sumando reveses comunitarios a la reforma laboral”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 398, 2016, pág 148.

²⁹ Rec. nº. 2659/2013.

³⁰ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social.*, nº 406, 2017, pág 177.

de un proceso de baja médica el trabajador recibe la notificación por parte de la empresa de su despido disciplinario. El despido se fundamenta en bajo rendimiento, algo inexplicable debido a que el trabajador había superado el previo periodo de prueba, y había obtenido un aumento de jornada. El Sr. Daouidi demanda a la empresa, solicitando la nulidad de su despido al considerarlo discriminatorio, basándose en lo regulado en la Directiva Europea 2000/78 y en el reciente caso Ring; además en base a los arts. 14 y 15 de la CE, alega discriminación por su situación de incapacidad, y así como la lesión de su derecho a integridad física.

El JS decidió plantear ante el TJUE cinco cuestiones prejudiciales, de las que dicho Tribunal procedió a resolver únicamente una de ellas, al declararse incompetente para responder a las demás. La cuestión que el TJUE entra a valorar fue: “¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” —como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?”.

Además, es reseñable destacar, que el auto del JS añadía que la calificación como improcedente del despido, con mínima indemnización, resultaba difícilmente compatible con los valores de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad humana.

A la cuestión prejudicial el TJUE responde en primer lugar que una situación de incapacidad temporal pese a su carácter duradero no puede calificarse como discapacidad. Asimismo, en cuanto a la definición de “carácter duradero”, interpreta que es una apreciación de carácter fáctico y debe ser valorada de manera autónoma y uniforme por cada tribunal interno, justificándose con los elementos objetivos que le sean presentados, como pueden ser partes médicas o documentos certificativos. El TJUE también se basa en el caso Ring, dictando que habría que analizar la limitación de la capacidad del señor Daouidi, para estudiar impedirle la participación total o parcial, y si el trabajador estuviese en igualdad de condiciones que sus compañeros de trabajo.

El TJUE busca con este pronunciamiento “continuar con la voluntad de expandir el concepto de discapacidad, abarcando un mayor número de posibles soluciones, y ampliar así la tutela de la Directiva 2000/78”³¹. Resuelta la cuestión prejudicial, el JS de Barcelona, declara el despido nulo. No obstante, esta decisión fue impugnada y la STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2017³² declaró su improcedencia y no su nulidad. El tribunal apunta que la valoración de la situación del trabajador ha de ser en el momento del despido, y en esa fecha el trabajador tenía una incapacidad reversible, que no podía ser calificada como duradera, y concluye que no se deben considerar momentos posteriores al despido, argumento contrario al TJUE, que sí valora la evolución de la incapacidad. Cabe destacar que el TSJ aplica la doctrina del caso Chacón Navas, al entender que la enfermedad en este caso no es tomada como un elemento de “segregación”, valorando que su despido se sustenta únicamente en motivos de productividad y continuidad del servicio. En cuanto a la aplicación de la doctrina del caso Ring, considera que el asunto Daouidi es de una enfermedad, no comparable a discapacidad.

Como señala la doctrina científica, en relación con la STJUE, “frente a la postura judicial española tradicional (incapacidad temporal excluye, en principio, la nulidad), ahora deberá analizarse cuál es la duración de la situación temporal por si resultase equiparable a una discapacidad (incapacidad permanente)”³³. Además, también se pone de manifiesto “que judicialmente la disparidad de criterios puede llegar a ser notable, lo que, podría dificultar una unificación de doctrina y, en definitiva, redundar negativamente en la seguridad jurídica”³⁴.

³¹ CARDO RODRÍGUEZ, I.: “Despido de un trabajador en incapacidad temporal. ¿Improcedencia o nulidad por discriminación?”. *La Ley Unión Europea*, nº 43, 2016, pág 3.

³² STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2017 (rec. nº 3767/2017). En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2017 (rec. nº 143/2017), la STSJ del País Vasco del 9 de mayo de 2017 (rec. nº 906/2017), y la STSJ Andalucía (Granada) de 17 de mayo 2017 (rec. nº 24/2017).

³³ MUNÍN SÁNCHEZ, L.M.: “Incapacidad temporal y despido. A propósito de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto Daouidi, C 395/15” *Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña*, nº 21, 2017, pág 391.

³⁴ BELTRÁN de HEREDIA RUÍZ, I.: “Caso Daouidi (TJUE): incapacidad temporal, despido y discriminación”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2016, disponible en www.ignasibeltran.com (consultado el 12 de abril de 2020).

2.4. Caso Ruíz Conejero

Este reciente caso, analizado en la STJUE de fecha 18 de enero de 2018, trata una posible discriminación tras un despido basado en el art. 52 d) del ET. El JS nº 1 de Cuenca analiza el despido de un trabajador que había acumulado una serie de ausencias por IT acumuladas en el periodo de un año (entre 2014 y 2015), y cuyo porcentaje superaba el 20% establecido en el art. 52 d) del ET. Estas ausencias se debieron a una discapacidad de un 37% reconocida en el año 2014, por limitaciones físicas, en concreto por obesidad. El trabajador demanda a la empresa, por nulidad del despido, al entenderlo discriminatorio debido a que había vinculación directa entre las ausencias y su discapacidad. No obstante, la empresa argumenta que el ánimo discriminatorio es totalmente inexistente, debido a que el trabajador no había dado a conocer su situación de discapacidad. Por su parte, el JS nº 1 de Cuenca, plantea como cuestión prejudicial al TJUE si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 se oponía a la normativa nacional, al permitir la extinción del contrato aún por faltas justificadas pero intermitentes.

El TJUE concluye dictaminando que la Directiva 2000/78 se opone tajantemente a toda norma nacional que tenga por objeto el despido de un trabajador debido a faltas de asistencia intermitentes pero justificadas, siempre que sean consecuencia de una enfermedad asimilada a discapacidad, salvo que haya finalidad legítima de combatir el absentismo laboral. Esta última valoración corresponderá al órgano jurisdiccional de origen. El concepto de finalidad legítima para combatir el absentismo laboral no es novedoso, ya que fue considerado en el caso Ring.

Entendida la existencia de contrariedad entre el art. 52 d) del ET y la Directiva 2000/78 es por lo que, tras la STJUE, el JS de Cuenca estima la existencia de discriminación indirecta y, por lo tanto, declara la nulidad del despido³⁵. Para justificar esta decisión, alude a la sentencia dictada anteriormente por el STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015, que determinaba que el art 52 d) del ET no supone una discriminación de carácter directo, pero sí genera una desigualdad de trato con aquellos trabajadores que tengan una discapacidad respaldándose en el art. 14 de la CE; y dando razón a la

³⁵ SJS de Cuenca de 7 de marzo de 2018 (nº de sentencia 861/15).

Directiva 2000/78 en cuanto a la diferencia de trato entre la aplicación del artículo a trabajadores discapacitados frente a los que no lo son.

Esta sentencia del JS de Cuenca fue ratificada por la STSJ de Castilla La Mancha de 10 de abril 2019³⁶, entendiéndose que “el art. 52 d) del ET, a pesar de su aparente neutralidad, supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad. Especialmente porque no incluye ninguna exención en el cómputo de los días de ausencia motivados por la discapacidad del trabajador, provocando un perjuicio mayor que al resto de los trabajadores porque aquellos por razón de su capacidad soportan un riesgo mayor de sufrir bajas o ausencias en el trabajo como consecuencia de enfermedades derivadas de su discapacidad”³⁷. Lo establecido en esta sentencia no puede ser tomado ni mucho menos como un criterio absoluto y de hecho así se vino confirmando en la práctica”³⁸ con la STC de 16 de octubre de 2019³⁹, dictada en sentido contrario, cuyo estudio abordaremos posteriormente.

2.5. Caso Nobel Plásticos

En el año 2017 la empresa Nobel Plásticos acordó diez despidos por causas ETOP basándose en el art. 52 c) del ET, debido a que los puestos de trabajo afectados presentaban una productividad inferior, una menor polivalencia funcional, y un elevado índice de absentismo. Entre esos despidos estaba el de una trabajadora, que en el momento de la comunicación de la empresa se encontraba en situación de IT. Dicha trabajadora padecía una enfermedad profesional, motivo por el cual tenía la condición de trabajadora especialmente sensible, además, en los reconocimientos médicos había sido declarada “apta con limitaciones”. Esta circunstancia obligaba a la empresa a adaptar su puesto de trabajo⁴⁰, lo cual a juicio de la ITSS no había tenido lugar, al asignarle un puesto que no era compatible con su enfermedad profesional. Tras el despido, la trabajadora demandó a la empresa solicitando la nulidad de la medida

³⁶ Rec. nº 664/2018.

³⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Despido objetivo por faltas de asistencias y el caso Ruiz Conejero: el TSJ de CLM ratifica la existencia de discriminación indirecta”, Blog, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2019, disponible en www.ignasibeltran.com (consultado el 15 de abril de 2020).

³⁸ BARREIRA IGUAL, M.B.: “Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, nº 4, 2018, pág 210.

³⁹ STC de 16 de octubre de 2019, nº 118/2019.

⁴⁰ Art. 15.1 d) y art. 25.1 de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, LPRL.

extintiva o en su defecto su improcedencia. El asunto fue asignado al JS nº 3 de Barcelona, el cual plantea cuatro cuestiones prejudiciales al TJUE. En primer lugar, si la definición de trabajador especialmente sensible es equiparable a la de discapacidad. Esta “cuestión prejudicial se diferencia de las otras que ya ha resuelto el TJUE sobre el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78, porque introduce un nuevo argumento de discusión, que hasta el momento no le había sido planteado, esto es, la especial sensibilidad a los riesgos laborales”⁴¹. El pronunciamiento del TJUE⁴² al respecto fue que “el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del derecho nacional, no significa, de por sí, que esa persona tenga una «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”, es decir, que una sensibilidad especial a los riesgos laborales no es equiparable al concepto de discapacidad por este simple hecho. Atribuye esta interpretación al juzgado nacional (como ya hizo en los casos Daouidi y Ruíz Conejero), que es el que debe interpretar el concepto de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, apreciando si existe imposibilidad de ejercer tal actividad y si tenía efectos a largo plazo (tal y como se dictó en el asunto Ring). Teniendo en cuenta el contenido de la cuestión prejudicial, se podía llegar a la conclusión de que el juez que la planteó podría valorar esta situación como discapacidad, ya que difícilmente hubiera planteado esta cuestión ante el TJUE si pensara lo contrario⁴³, como así sucedió en la resolución por parte del JS de Barcelona el 4 de noviembre de 2019.

Respecto a las otras tres cuestiones prejudiciales el TJUE da respuesta de manera conjunta. El JS de Barcelona plantea si existe discriminación y si ésta es directa o indirecta, y si la parte empleadora ha adoptado las medidas adecuadas para proceder a los “ajustes razonables” que permitan la adaptación del puesto de trabajo a las disponibilidades físicas y/o psíquicas de la trabajadora afectada. El TJUE concluye

⁴¹ FERNANDEZ MARTINEZ, S.: “Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo”, *IUSLABOR*, nº 3, 2019, pág 163.

⁴² STJUE de 11 de septiembre de 2019.

⁴³ ROJO TORRECILLA, E.: “No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2019, disponible en www.eduardorjotorrecilla.es (consultado el 5 de abril de 2020).

que no existe una discriminación directa, ya que los criterios establecidos por la empresa para el despido (menor productividad y polivalencia, y mayor absentismo) son de aplicación para todas las personas afectadas por la extinción de contrato. No obstante, al analizar la posible existencia de discriminación indirecta, surge el impacto negativo que puede ocasionar el despido en las personas con una discapacidad. En primer lugar, analizando los términos sobre los que se forma el absentismo laboral, una trabajadora con discapacidad tiene más probabilidad de ausentarse de su puesto de trabajo al exponerse a un riesgo mayor que el resto de sus compañeros. Y a la misma conclusión llega sobre la existencia de una situación desventajosa, en cuanto a la menor productividad y polivalencia de puestos, ya a que un trabajador con discapacidad tiene menos capacidad para rotar de puesto y es posible que obtenga menor productividad en comparación con un trabajador sin ningún perjuicio físico. En el caso de la demandante la situación es más evidente al ser definida por los servicios médicos como “apta con limitaciones”. Se añade en la sentencia del TJUE, con fijación en los arts. 2.2. b.ii) y 5 de la Directiva 2000/78 que el empresario debe realizar “ajustes razonables”, para eliminar las desventajas que pueda sufrir esta trabajadora, pero esta tarea la encomienda al juez nacional. “Si finalmente llega a la conclusión de que no se han implementado, con carácter previo al despido, dichos ajustes razonables para favorecer la integración del trabajador especialmente sensible a los riesgos laborales, procedería declarar que el despido constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad. Pero si, por el contrario, entiende que sí se han implementado los ajustes razonables no procederá declarar que el despido es discriminatorio”⁴⁴.

Tras las respuestas por parte del TJUE, la SJS n° 3 de Barcelona de 4 de noviembre de 2019 falla a favor de la nulidad del despido, al considerar que la trabajadora tenía una discapacidad, y por lo tanto mayor riesgo de absentismo laboral. Además, entiende dicho órgano judicial que la empresa no adoptó unas medidas de puesto ineficientes, concluyendo la existencia de una discriminación indirecta hacia la trabajadora.

⁴⁴ ARIAS DOMINGUEZ, A.: “¿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*, n° 8, 2019, pág. 8.

La sentencia es relevante al ser la primera en la que el Tribunal introduce la necesidad de valorar el cumplimiento de la obligación de ajustes razonables, además “deja claro que los tribunales nacionales no podrán concluir que una persona tenga una discapacidad por el hecho de ser calificado como un trabajador especialmente sensible en vías del art. 25 de la LPRL, y ha de llevar un exhaustivo análisis de los requisitos establecidos por el TJUE desde el caso Ring”⁴⁵.

Quien esto suscribe, estima que la doctrina dictada por el TJUE en esta materia, y su aplicación en la doctrina judicial española ha sido clave para que se pudiera plantear la derogación del art. 52 d) en el RDL 4/2020. La doctrina científica se había pronunciado solicitando una reforma de este artículo⁴⁶, con el fin de poder neutralizar la discriminación indirecta generada. Además, estas situaciones no tenían una respuesta totalmente clara por parte del TJUE, debido a que la tendencia era la de vincular la toma de decisiones al órgano jurisdiccional español como hemos podido observar en el caso Daouidi, en el caso Ruíz Conejero.

3. EL IMPACTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 118/2019, DE 16 DE OCTUBRE

La STC 118/2019, de 16 de octubre se encargó de resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el JS nº 26 de Barcelona en relación al despido de una trabajadora al superar el porcentaje de bajas médicas del 20% en 2 meses consecutivos, establecido en el art. 52 d) del ET, logrando un porcentaje de absentismo de un 22,5%. Además, sobrepasaba el absentismo permitido, con una tasa de absentismo de 7,86% en un plazo de 12 meses, siendo posible únicamente un 5%. La trabajadora demanda a la empresa, solicitando la nulidad del despido. Fundamentaba su acción en que sus ausencias no eran evitables al ser generadas por enfermedad

⁴⁵ FERNANDEZ MARTINEZ, S.: *op.cit.*, pág. 170.

⁴⁶ En este sentido, ROJO TORRECILLA, E.: “El TSJ de Castilla-La Mancha confirma que existe discriminación cuando se procede al despido de un trabajador por bajas en el trabajo que derivan de su estado de discapacidad. Notas a la sentencia de 10 de abril de 2019, y recordatorio de las sentencias del TJUE y del JS.”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2019, disponible en www.eduardorojotorrecilla.es (consultado el 14 de abril de 2020); y BELTRÁN de HEREDIA RUÍZ, I.: “Discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET: posible discriminación pendiente de concreción (caso TJUE Ruiz Conejero)”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2018, disponible en www.ignasibeltran.com (consultado el 15 de abril de 2020).

argumentaba que la aplicación de este artículo coaccionaba a los trabajadores a acudir a su puesto de trabajo aun encontrándose enfermos por temor a un posible despido.

Así los hechos, el JS mediante auto de 8 de abril de 2019 planteó una cuestión de inconstitucionalidad al entender que el art. 52 d) del ET vulneraba los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), al derecho a trabajar (art. 35.1 CE), y al derecho de protección a la salud (art. 43.1 CE). De ese modo, si el TC estimaba la transgresión de derechos fundamentales, el despido sería declarado nulo, y por lo contrario, si esta vulneración demandada fuera descartada por el TC, el despido pasaría a ser procedente. Además, el juzgado cuestiona la constitucionalidad del art. 52 d) del ET en base al art. 6.1 del Convenio nº 158 de la OIT ⁴⁷, según el cual el abandono del puesto de trabajo por motivo de una enfermedad o lesión no constituye una causa justificada para la finalización de la relación laboral. Cabe reseñar que el juzgado no cuestiona el art. 52 d) del ET por su objetivo de disminuir el absentismo laboral, sino que establece que para ello deberían considerarse únicamente las ausencias injustificadas, es decir, las que dependen de la voluntad de los trabajadores; y, por lo tanto, no deberían considerarse para el cómputo de faltas de asistencia las debidas a enfermedad. Señala al respecto la doctrina científica que, “al haber prescindido la actual regulación de la referencia expresa al índice colectivo de absentismo laboral, difícilmente puede justificarse la previsión legal en el interés empresarial de velar por la productividad. Ciertamente es, como se indica, que para conciliar ambos bienes en conflicto, la salud del empleado y la productividad de la empresa, se han excepcionado del cómputo del absentismo las bajas médicas prolongadas y las que tienen su origen en graves enfermedades”⁴⁸.

Tanto el abogado del Estado como la fiscal general del Estado, estiman que el JS no ha razonado suficientemente la reclamación de inconstitucionalidad en lo que atañe a la contradicción del art. 52.d) del ET, ya que comprende como objetivo la protección de productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular

⁴⁷ Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

⁴⁸ GÓMEZ SALADO, M. A.: “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 118/2019, de 16 de octubre”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 441, 2019, pág. 178.

onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador. Se basa en la libertad de empresa, regulada en el art. 38 CE, que aboga por la defensa de la productividad. En esta línea, se pronunció finalmente el TC, apoyándose en el asunto Ruíz Conejero, al entender que esas ausencias intermitentes por parte de un trabajador, aunque estén justificadas, generan un incremento de costes laborales que el empleador no tiene por qué soportar, y además establece que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del art. 2.2 b) i), de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo. “Sin embargo, el TC no repara en la productividad en concreto en la empresa, sino que se refiere a una productividad en abstracto, con independencia de la situación, tamaño, beneficios o productividad de la empresa en cuestión”⁴⁹.

Consiguientemente, el TC hizo un análisis específico en cuanto a los artículos planteados por el auto como inconstitucionales frente al art. 52 d) ET. En primer lugar, por lo que se refiere a la posible vulneración de la integridad física establecida en el art. 15 CE, el alto tribunal señala que esta norma no se ve infringida, debido a que el objetivo del artículo juzgado es el control del absentismo laboral por continuas faltas de asistencia al trabajo, y este hecho no genera un riesgo grave, ni tampoco ningún tipo de daño a la salud del trabajador. Además, establece la compatibilidad entre ambos preceptos, debido a que las faltas de asistencia al trabajo por enfermedad grave o de larga duración no son computables, y esos supuestos sí generarían peligro hacia la salud. En este punto, el propio TC es contradictorio ya que argumenta que no se despiden por el hecho de padecer una enfermedad sino por la reiteración intermitente de faltas de asistencia, pero tales ausencias vienen dadas por razón de enfermedad. Finalmente, el TC considera que el art. 52 d) del ET favorece la integridad física al impedir el despido en situaciones desfavorables como ausencias derivadas de accidente de trabajo, de riesgo durante el embarazo y la lactancia y de enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, así como aquellas derivadas de violencia de género.

⁴⁹ PRECIADO DOMENECH, C.A.: “La salud como mercancía, los derechos como moneda, las personas como herramientas. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el despido por razón de enfermedad”, Blog: *Sin permiso*, disponible en www.sinpermiso.info (consultado el 13 de mayo de 2020).

En cuanto a la posible infracción del art. 43.1 CE, el TC falla que no se vulnera, dado que el art. 38 CE defiende el derecho de la empresa a conseguir productividad en sus acciones, y la aplicación del precepto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador. Esto no implica vulneración hacia la protección de salud de los trabajadores, puesto que el los trabajadores no son afectados en cuanto al régimen de acceso ni al contenido de la asistencia sanitaria.

Por otra parte, entiende el TC que tampoco se ve vulnerado el derecho a trabajar del art. 35.1 CE, debido a que no perjudica el acceso al empleo, sino que, en todo caso, afectaría a su estabilidad. Este hecho supone una limitación parcial justificada por el art. 38 CE que establece el derecho a la libertad de empresa. En el análisis de este artículo, la STC vuelve a hacer mención al interés legítimo de mantener la productividad de la empresa, y al mismo tiempo, el de abaratar costes directos al empresario, volviendo a citar el asunto Ruíz Conejero. Podríamos valorar que en el pronunciamiento del TC, se establece la idea de que “el despido a un trabajador enfermo no vulnera el derecho del trabajo”⁵⁰.

En último lugar, se pronuncia sobre la pretendida contradicción planteada por el auto, entre el art. 52 d) del ET y el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, según el cual “la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”. El TC argumenta que “los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas”.

En base a todo lo anterior, la STC falla desestimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada. No obstante, debe destacarse que esta sentencia va acompañada de tres votos particulares. Consideran que el art. 52 d) del ET viola los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la salud (art. 43 CE). Los magistrados estiman que, para conservar la productividad empresarial, no está justificado el recurso al despido objetivo ante enfermedades de corta duración, debido a que el derecho a la libertad de empresa no debería anteponerse a un derecho fundamental como es la salud de la persona, establecido en el art. 15 CE. El control

⁵⁰ *Ibidem*

del absentismo es una cuestión que se refiere al funcionamiento interno de la organización, pero que no adquiere una dimensión constitucional que pueda tener en cuenta el art. 38 CE. Por otro lado, esta sentencia genera que se lesione el derecho al trabajo y a la salud, debido a que no puede establecerse causa justa contraria a la protección de la salud, y más con la amenaza de la pérdida del trabajo. Esta situación implica que los trabajadores acudan a su puesto de trabajo, pudiendo poner en peligro la salud propia y ajena, por temor a un despido. Los magistrados que dictan estos votos particulares consideran que la interpretación de la presente STC hacia el art. 52 d) del ET, permite que el despido no sea causal. También se concluye que el citado precepto origina una situación de discriminación indirecta por razón de sexo, al tener en cuenta que la mujer está sometida a una mayor exposición ya que por lo general el sexo femenino tiene actualmente mayor carga en cuanto al cuidado de hijos y personas dependientes.

En suma, la STC 118/2019, antepone los intereses empresariales a los derechos de los trabajadores⁵¹, pudiendo afirmarse que “sobrepasa una línea roja inadmisibles en los derechos constitucionales de los trabajadores”⁵², donde aspectos como la libertad de empresa y productividad son más importantes que la salud e integridad física. Se puede considerar que las bajas médicas analizadas por el art. 52 d), no ponen en perjuicio la actividad empresarial, ya que son casos individuales y desde la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no se pondera el absentismo total de la empresa, donde sí podrían establecerse datos sobre la productividad general empresarial. Sin embargo, en la redacción actual únicamente se tienen en cuenta las ausencias de los trabajadores de forma individual, lo que facilita este tipo de despidos a las empresas. Esta controvertida sentencia podría haber generado un alto número de despidos de trabajadores en situación de IT, yendo contra la doctrina del TJUE, y contra un cúmulo de sentencias dictadas por los tribunales

⁵¹ En este sentido, los sindicatos más representativos.: CCOO.: “La sentencia del TC contradice la protección que la propia Constitución otorga a la salud e integridad física de las personas” disponible en www.ccoo.es (consultado el 14 de mayo de 2020); y UGT: “Comentarios sobre la sentencia del tribunal constitucional de 16 de octubre de 2019”, disponible en www.ugt.es (consultado el 14 de mayo de 2020).

⁵² UGT: “Comentarios sobre la sentencia del tribunal constitucional de 16 de octubre de 2019”, disponible en www.ugt.es (consultado el 14 de mayo de 2020).

españoles que aplicando esta doctrina fallaban a favor de la nulidad⁵³ o de la improcedencia⁵⁴ del despido. Tras el conflicto doctrinal y social generado, se actuó rápidamente con la derogación del art. 52 d) a los pocos meses de ratificarse esta sentencia.

4. ANÁLISIS DEL RDL 4/2020, DE 18 DE FEBRERO

4.1. El art. 52 d) del ET y sus dudas interpretativas hasta el momento de su derogación

Hasta su reciente derogación, el art. 52 d) del ET preveía las causas por las que se podía extinguir el contrato de trabajo de forma objetiva en casos de incapacidad temporal. Este precepto tiene como finalidad su lucha contra el absentismo laboral. El precepto estaba redactado de la siguiente manera: “El contrato de trabajo se verá finalizado por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles, o el 25 % en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de

⁵³ En este sentido, declaran la nulidad STSJ Comunidad Valenciana, 8 de mayo de 2014, rec. nº 778/2014; STSJ Galicia, 22 de diciembre de 2015, rec.nº 3689/2015; STSJ Madrid, 8 de marzo de 2017, rec. nº 1172/2016; STSJ País Vasco, 26 de septiembre de 2017, rec.nº 1734/2017; STSJ País Vasco, 30 de octubre de 2018, rec. nº 1966/2018; STSJ Castilla La Mancha, 19 de abril de 2019, rec. nº 664/2018; STSJ de Galicia, de 23 de septiembre de 2019, rec. nº 2812/2019; STSJ de Valladolid, de 3 de octubre de 2019, rec.nº 1378/2019.

⁵⁴ En este sentido, declaran la improcedencia STSJ Cataluña, 18 de marzo de 2016, rec.nº 197/2016; STSJ Andalucía, 17 de mayo de 2017, rec. nº 24/2017; STSJ Madrid, 2 de febrero de 2018, rec.nº 1036/2017; STSJ Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife), 10 de julio de 2019, rec. nº 340/2019; STSJ Madrid, 19 de julio de 2019, rec. nº 488/2019.

atención o servicios de salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”

La redacción vigente tenía únicamente carácter individual, debido a que se había decidido descartar el absentismo colectivo de un 2,5% del total de la empresa. Por lo tanto, se eliminaba la exigencia de llegar a un absentismo global, y simplemente contabilizaban las faltas de asistencia de carácter individual. La supresión de un determinado nivel de absentismo colectivo dio como resultado ofrecer una menor protección al trabajador y, especialmente a aquel que tuviera una enfermedad y por lo tanto mayor probabilidad de encadenar faltas de asistencia de carácter intermitente.

“De manera general, se puede decir que la extinción objetiva del contrato por absentismo laboral, es un instrumento, no solo de extinción del contrato de trabajo de todo aquel sujeto que no asiste a su puesto trabajo, sino también un arma aterradora en manos del empresario para controlar y penalizar las ausencias del trabajador de corta duración pero reiteradas en el tiempo (siendo este tipo de inasistencias, específicamente, las más difíciles de verificar por parte del empresario), las cuales tienen una directa incidencia en la productividad y competitividad de la empresa”⁵⁵.

El art. 52 d) del ET generaba diferentes dudas de interpretación. En primer lugar, hay que especificar que este tipo de despido no valoraba componentes de culpabilidad, simplemente se basaba en la causalidad. En caso de que existiera culpabilidad por faltas repetidas e injustificadas, el despido ha de ser considerado como disciplinario a razón del art. 54 del ET.

Por otra parte, no estaba claro cómo debía realizarse el cómputo de las faltas de asistencia. Para la mayoría de la doctrina científica únicamente debía tomarse en consideración la ausencia a la totalidad de la jornada, pues no sería entendible que “para el cómputo de las faltas de asistencia al trabajo se sumen las jornadas completas dejadas de trabajar y las fracciones horarias dejadas de trabajar como consecuencia de

⁵⁵ GOMEZ SALADO, M.A.: “Despido objetivo y faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 410, 2017, pág. 88.

ausencias parciales y defectos de puntualidad reiterados del trabajador”⁵⁶. Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina “comprendía las faltas de puntualidad como razón para el cómputo de ausencias, siempre y cuando tuvieran la envergadura cuantitativa recogida en la norma”⁵⁷. Finalmente, fue la doctrina judicial la que aportó luz al respecto⁵⁸, resolviendo la cuestión a favor de cuantificar solamente la inasistencia a la totalidad de la jornada laboral.

Igualmente, se cuestionaba cómo valorar la intermitencia de las faltas, especialmente cuando teniendo su origen en el mismo proceso patológico los periodos de baja individualmente considerados no duraban más de 20 días, pero en su conjunto sí. Esta circunstancia originaba que se planteara si concurría o no la intermitencia por tratarse de una enfermedad de larga duración y por tanto adicionar las ausencias y excluirlas del cómputo. Esta duda fue respondida por la STS de 24 de octubre de 2006 ⁵⁹, valorando que estas bajas debían ser consideradas por separado, de manera que pudieran ser integradas en el mismo cómputo de absentismo debido a su duración inferior a 20 días.

Otras dos dudas interpretativas surgieron en torno a este artículo. En primer lugar, cómo debían computarse los meses a los que alude el precepto como periodo de referencia, es decir, si debía considerarse para el cómputo de cada mes el día inicial y el día final según el calendario oficial o si, por el contrario, debía hacerse de fecha a fecha. Y, en segundo lugar, si el porcentaje de ausencias exigido debía reunirse de manera mensual o en el conjunto de meses a valorar⁶⁰. Tras muchos años de controversia, la primera cuestión fue resuelta por la STS de 4 de febrero de 2019 ⁶¹, decantándose por la fijación de fecha a fecha, “bajo la finalidad de proteger la

⁵⁶ GOMEZ SALADO, M.A.: “Algunas cuestiones interpretativas sobre la aplicación del párrafo primero del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores: a vueltas con el despido objetivo por absentismo.” *Estudios Financieros. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 220, 2019, pág. 140.

⁵⁷ BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Informes y Estudios, nº 13, 1995, pág. 318.

⁵⁸ STSJ Andalucía (Sevilla) de 19 de mayo de 2016 (Rec. 1402/2015), y STSJ de Madrid de 10 de junio de 2016 (Rec. 252/2016)

⁵⁹ Rec. 2247/2005.

⁶⁰ NORES TORRES, L.E.: “El absentismo”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T., Dir.): *La extinción del contrato de trabajo*”, 1ª ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 183.

⁶¹ Rec. 113/2017.

productividad del empresario ante las faltas de asistencia de corta duración”⁶². Y por su parte, la STS de 5 de octubre de 2005⁶³ resolvió el segundo interrogante, al establecer que el porcentaje debía exigirse en el conjunto de meses, no de manera mensual, debido a que esto dificultaba al empresario a acabar el absentismo.

4.2. Contenido del RDL

Tras muchos años de conflicto en cuanto a su interpretación y aplicación, el art. 52 d) del ET fue derogado mediante el RDL 4/2020, de 18 de febrero. Esta derogación pretende contribuir a la promoción de la prevención de riesgos laborales, salud y seguridad en el trabajo. La decisión era previsible ya que este posicionamiento legislativo fue adelantado por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020⁶⁴, que definía la aplicación de este artículo como incompatible con las normas internacionales y, por ello ineficaz ante el Convenio nº 155 de la OIT⁶⁵ y ante la Carta Social Europea. Esta decisión es contraria al fallo de la STC 118/2019, de 16 de octubre, que permitía establecer despidos en situación de IT, con el fin de beneficiar la productividad del empresario. En todo caso es una de las primeras medidas adoptadas hacia una nueva reforma laboral que, previsiblemente, se implantará durante el año 2020 con vistas a modificar gran parte de la reforma laboral del año 2012, y que ha visto retrasada su implantación con la crisis sanitaria mundial del Covid-19.

Cabe destacar la estructura de este RDL, integrada por un preámbulo, un artículo y dos disposiciones finales. Su preámbulo consta de seis páginas y “tiene un claro contenido doctrinal, más propio de un artículo académico”⁶⁶, en contraposición a su único artículo cuya extensión se limita a dos líneas. Centrándonos en el preámbulo este RDL hace un recordatorio de cómo aplicar el art. 52 d) del ET, así como de las continuas modificaciones que ha sufrido, y se manifiesta en defensa de aquellos trabajadores que

⁶² ALZAGA RUIZ, I.: “Extinción del contrato de trabajo por faltas justificadas de asistencia: cálculo de los índices de absentismo tras la aprobación del RDL 3/2012, de 10 de febrero”, *Revista de información laboral*, nº 3, 2015, pág. 127.

⁶³ Rec. 3648/2004.

⁶⁴ Rec. nº 5532/2019.

⁶⁵ Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981.

⁶⁶ ROJO TORRECILLA, E.: “Derogación del art. 52 d) LET. Un artículo de dos líneas, y un preámbulo de seis páginas, que marcan el inicio del cambio de la normativa laboral. Notas al Real Decreto-Ley 4/2020 de 18 de febrero”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2020, disponible en www.eduardorojotorrecilla.es (consultado el 20 de mayo de 2020).

justifiquen sus faltas de asistencia, al hacer mención a la existencia del mecanismo del art. 54.2 del ET, como vía para sancionar a quienes tienen faltas de asistencia de carácter injustificado. En el segundo apartado del preámbulo, se hace mención al fallo del asunto Ruíz Conejero, resaltando la inadecuación del art. 52 d) del ET con la Directiva 2000/78/CE, al considerar que su aplicación puede dar lugar a discriminación por discapacidad de carácter indirecto, y contraria al art. 14 CE. Seguidamente se hace una breve alusión a la STC nº 118/2019, de 16 de octubre, simplemente para recordar que dictaminó que el art. 52 d) del ET no era contrario a la CE. Mayor atención presta a los pronunciamientos del TJUE analizados anteriormente, subrayando muy acertadamente que la situación originada a partir de la jurisprudencia referida “requiere la inmediata corrección normativa” a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina del TJUE. Además, se pone de manifiesto que las decisiones del TJUE han estado orientadas a la búsqueda de mecanismos dirigidos a contraponer y evaluar la situación concreta caso por caso, a efectos de determinar si la medida es proporcional. Mecanismos que en el caso español no sean previstos, lo cual se pone de manifiesto al mencionar las diferencias existentes en la normativa española con respecto a otros ordenamientos en los que sólo se efectúa una mención genérica al concepto de “despido por causa justa” y se remite a los juzgados y tribunales la apreciación de su concurrencia en cada caso concreto. Por el contrario, el marco normativo español establece “un sistema de legitimación del despido objetivo en el que se establecen supuestos concretos y se especifican las circunstancias que deben concurrir para que el despido sea legal”. Pese a este sustento del RDL en la doctrina del TJUE, no es menos cierto que los tribunales “se siguen negando a considerar la salud como una causa prohibida de despido, al no constituir, en sí misma, un factor discriminatorio definitivo, y una vez más el ideal normativo se enfrenta al realismo jurídico, centrándose la necesidad de justo equilibrio entre el trabajo decente y la precariedad laboral”⁶⁷.

A los pronunciamientos comunitarios, se remite igualmente el RDL para concluir que un despido de esta naturaleza es más probable que recaiga en un trabajador con

⁶⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: “Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal”, disponible en www.laboral-social.com (consultado el 20 de mayo de 2020).

discapacidad o enfermedad de larga duración, y esta situación es discriminatoria, requiriendo mayores garantías que las fijadas en el art. 52 d) del ET. Junto a esta valoración, se expone la conjunta discriminación indirecta que puede acompañar a estos casos, por razón de género, debido a que estadísticamente las mujeres tienen mayor participación en la conciliación familiar, y por lo tanto son más probables sus ausencias justificadas. El mismo preámbulo nombra la falta de mecanismos que mejoren la conciliación familiar-laboral, a pesar de los recientes avances como ha sido el RDL 6/2019, de 1 de marzo⁶⁸.

Es esencial citar el 2º párrafo del 7º apartado, donde se indica que el RDL 4/2020 “no supone una afectación en el sentido constitucional del término, ni del derecho al trabajo del artículo 35 CE, ni de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE. No se ha franqueado el límite material que al RDL impone el artículo 86.1 CE respecto de estos derechos porque no regula el régimen general de tales derechos, ni el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo se configura como uno de sus elementos esenciales”. La extraordinaria y urgente necesidad recogida en el art. 86.1 CE se fundamenta en los siguientes motivos: en primer lugar, garantizar el cumplimiento con la normativa de la UE; en segundo lugar, evitar que prosigan las continuas contradicciones internas en la que “algunos órganos judiciales han interpretado el artículo 52 d) del ET conforme a la normativa y la jurisprudencia europea, mientras que otros se han limitado a aplicar el porcentaje previsto en el citado precepto sin sujetarlo a un juicio de adecuación y proporcionalidad”⁶⁹; y en tercer lugar evitar cualquier tipo de discriminación directa o indirecta para cualquier colectivo, especialmente para los más vulnerables.

Tras lo expuesto en el preámbulo, el artículo único de este RDL 4/2020 de 18 de febrero, establece la derogación del art. 52 d) del ET.

⁶⁸ RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. (BOE nº 57, de 7 de marzo de 2019)

⁶⁹ GOMEZ SALADO, M.A.: “El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables.” *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 446, 2020, pág. 100.

4.3. Situación tras su publicación

A partir de esta derogación, todo aquel despido por acumulación de faltas de asistencia justificadas, incluidas aquellas por bajas médicas, pasará a ser considerado improcedente. Esto quiere decir que el trabajador recibirá una indemnización de 33 días por año trabajado en lugar de 20. Por lo tanto, la persona trabajadora podrá seguir siendo despedida por acumulación de faltas justificadas, aunque generando un mayor coste al empresario. Asimismo, seguirá activa la vía de despido del art. 54.2 d) ET, que se podría declarar como el nuevo aliado del empresario para combatir el absentismo, y así lo hace saber el RDL 4/2020 haciendo mención a su aplicación. Según la interpretación que se puede realizar de los arts. 53.4 y 55.5 del ET, el despido solo se planteará nulo cuando se demuestre algún tipo de discriminación, por lo que a pesar de la derogación, la situación continúa siendo similar a la situación que precede al RDL. Quién aquí suscribe plantea que esta derogación podía haber sido más protectora hacia el trabajador, siendo declarado prohibitivo el despido por ausencias debidas a discapacidad o enfermedades de larga duración, ya que es probable que se continúen consolidando prácticas que atenten contra la seguridad y salud del trabajador y también contra el derecho al trabajo, primando aún la libertad de empresa.

Sobre la reconversión de este despido a improcedente ha influido “el juicio positivo de constitucionalidad que había establecido la STC 118/2019, y aplica el Convenio 158 OIT, además del convenio 155 OIT y el art. 24 de la Carta Social Europea, sobre cuya base declara el despido efectuado con arreglo al art. 52 d) del ET improcedente”⁷⁰. Por lo que esta derogación no va a implicar que se deje de producir “el uso mercantil de la salud”⁷¹. No obstante, al equiparar la normativa nacional a la normativa europea, sí que se aporta mayor protección a personas con discapacidad o que padezcan enfermedad de larga duración.

Una de las mayores dudas que ha generado el RDL 4/2020 ha sido su posible carácter retroactivo. Esta ley no incluye ninguna regla de carácter transitorio, por lo que según

⁷⁰ BAYLOS GRAU, A.: “¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52 d) del ET?”, Blog: *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y ciudadanía social*, 2020, disponible en www.baylos.blogspot.com (consultado el 21 de mayo de 2020).

⁷¹ MOLINA NAVARRETE, C.: *op. cit.* (consultado el 21 de mayo de 2020).

lo dispuesto en el art. 2.3 del Código Civil, se aplicaría la irretroactividad de la norma a los despidos ya realizados anteriormente. Sin embargo, bajo una interpretación del art. 9.3 CE, “el efecto evidentemente favorable a las razones de estabilidad en el empleo, no debería proceder ningún problema en dotarlo de efecto retroactivo máximo”⁷², además del otro punto positivo que genera la protección a la seguridad y salud laboral. Opino que, ante la inexistencia de una norma de carácter transitorio, existirán diversos posicionamientos de los tribunales ante aquellos casos pendientes nacidos con anterioridad a su entrada a vigor.

4.4. Estado actual de su tramitación parlamentaria

El RDL 4/2020, de 18 de febrero, fue convalidado por el Congreso de los Diputados en fecha 25 de marzo de 2020, acordándose asimismo su tramitación como proyecto de ley. En el momento de la presentación de este trabajo de investigación aún se encontraba en vías de tramitación parlamentaria dicho proyecto de ley, habiéndose presentado una enmienda por el grupo parlamentario VOX el pasado 29 de mayo de 2020. Se sustenta la misma en la protección de los intereses del empresario, omitiendo en todo el texto cualquier mención hacia los derechos de los trabajadores.

En primer lugar, se alega el coste que supone para el empresario “ya que los primeros quince días de baja del trabajador son asumidos íntegramente por el empresario”. Se omite de manera interesada la correcta regulación de la incapacidad temporal. Así, cuando ésta deriva de contingencias profesionales se abona la prestación mediante pago delegado, por lo que el empresario recupera el coste asumido, y cuando deriva de contingencias comunes, la persona trabajadora no percibe prestación alguna durante los tres primeros días, siendo a cargo del empresario los doce días siguientes. En este último caso, el empresario solo asumiría el coste de los tres primeros días si así se hubiera fijado mediante mejora voluntaria en el convenio colectivo aplicable.

En segundo lugar, se hace una interpretación sesgada e interesada del fallo alcanzado en el caso Ruíz Conejero. Recuérdese que en este supuesto se planteaba la posible vulneración por el art. 52 d) del ET de la normativa comunitaria. Se falló que la Directiva 2000/78 se opone tajantemente a toda norma nacional que tenga por objeto

⁷² *Ídem.*

el despido de un trabajador debido a faltas de asistencia intermitentes pero justificadas, siempre que sean consecuencia de una enfermedad asimilada a discapacidad, salvo que haya finalidad legítima de combatir el absentismo laboral. Pues bien, el grupo parlamentario se centra únicamente en la salvedad a la que hace alusión el fallo, entendiendo que la norma sí combate el absentismo, pero no aporta argumento alguno para contrarrestar la premisa mayor del fallo.

Todo lo anterior por entender la libertad de empresa como un valor superior frente a otros derechos como la salud y la seguridad laboral. La libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE tiene una naturaleza transversal y por ello son numerosas sus conexiones con otros derechos, libertades y principios constitucionales, por ello ha expresado el TC que “el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado”⁷³. Respecto a su relación con el derecho al trabajo, el art. 38 de la CE ha sido el fundamento constitucional para el reconocimiento al empresario de determinadas facultades de extinción del contrato⁷⁴. Ahora bien, dicha facultad extintiva “se encuentra limitada por el necesario respeto a los derechos fundamentales y el principio de no discriminación”⁷⁵. La enmienda presentada no valora las dos figuras de la relación contractual, y antepone los derechos del empresario frente a los del trabajador. Como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, el reconocimiento al empresario de la posibilidad de extinguir el contrato por las causas del art. 52 d) del ET atenta contra el principio de no discriminación de aquellos trabajadores con discapacidad o enfermedades de larga duración, quedando por tanto justificada su derogación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La incapacidad temporal es una de las causas que genera mayor absentismo. Es elevado el coste que supone tanto para los servicios públicos en forma de prestaciones, como para las empresas en forma de coste de oportunidad por los bienes y servicios que dejan de producir. Ahora bien, no por ello debe ser posible el ejercicio la facultad extintiva del empresario sin más, debiendo ponderarse en atención

⁷³ STC 18/2011, de 3 de marzo y STC 135/2012, de 19 de junio.

⁷⁴ En este sentido, STC 119/2014 de 16 julio.

⁷⁵ STC 94/1984, de 16 de octubre, y STC 166/1988, de 26 de septiembre.

a los derechos constitucionales de los trabajadores, que no se pierden en el contexto de la relación laboral, tales como el derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, al trabajo, a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por razón de su condición social o personal.

SEGUNDA.- El artículo 52 d) del ET colisionaba con derechos y principios constitucionales, especialmente en el caso de las personas trabajadoras con discapacidad o enfermedad de larga duración por su especial vulnerabilidad. Un precepto que ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de los años, las cuales han ido minorando la protección al trabajador y, en particular, al reducir en un primer momento el nivel de absentismo colectivo exigido de un 5% a un 2,5%, para finalmente eliminar por completo este requisito en el año 2012, pasando a exigirse únicamente el nivel de absentismo individual para llevar a cabo el despido objetivo.

TERCERA.- En el ámbito comunitario, la Directiva 2000/78 no precisa lo que debe considerarse como discapacidad ni tampoco el grado que debe tener una enfermedad para que pueda ser contemplada como tal. Ha sido el TJUE el que ha ido aportando algunas pautas para entender cuándo podemos hablar de enfermedad sin más y cuándo puede equipararse la enfermedad a la discapacidad, así como tratando de garantizar la protección de los trabajadores con discapacidad. En todo caso, como señalamos, se aportaban pautas, delegando en los órganos judiciales nacionales la decisión final. La dificultad de una legislación uniforme en el ámbito comunitario, tanto en ésta como en otras materias, conduce a la conclusión de que se seguirán planteando supuestos de similar naturaleza.

CUARTA.- Esta resolución de la problemática por parte de los tribunales caso a caso, trajo consigo pronunciamientos contradictorios y no siempre en la línea de los propugnado por el TJUE. En este sentido, hubiera resultado esencial la unificación de doctrina por parte del TS, como medida previa a la derogación del precepto.

QUINTA.- Finalmente, esta derogación llegó de la mano del RDL 4/2020, de 18 de febrero, cuyo objetivo es loable, la protección de los derechos de los trabajadores, si bien no lo es el recurso empleado para ello, el RDL. Su utilización ha sido frecuente por parte de los gobiernos de los últimos años. El carácter urgente en el que debe

sustentarse ha ido adquiriendo con los años un valor omnicomprensivo, hasta el punto de abarcar prácticamente cualquier reforma legislativa. El ejercicio de una técnica legislativa adecuada hubiera buscado el mayor consenso posible con todos los interlocutores sociales, sindicatos y representación empresarial. De esta forma se podría haber modificado la redacción del art. 52 d) del ET de manera que generara mayor protección a los sujetos afectados en un despido objetivo.

SEXTA.- El resultado alcanzado con el RDL 4/2020, de 18 de febrero, no protege realmente a los trabajadores en situación de IT, ya que el despido puede seguir ejercitándose por la vía de la improcedencia. La protección que aporta el RDL consiste en el mayor coste que tendría la empresa a la hora de acudir a la extinción de contrato.

SÉPTIMA.- En todo caso y a modo de reflexión final, quien esto suscribe entiende que toda situación en la que el empresario extinga el contrato de trabajo por razón de ausencias por enfermedad debidamente justificadas debiera considerarse discriminatorio y por tanto nulo, no debiendo merecer la calificación de improcedente. La prohibición del despido del trabajador por problemas en su propia salud constituye una protección mínima en la que se debe seguir avanzando.

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA RUIZ, I.: “Extinción del contrato de trabajo por faltas justificadas de asistencia: cálculo de los índices de absentismo tras la aprobación del RDL 3/2012, de 10 de febrero”, *Revista de información laboral*, número 3, 2015, págs. 125-133.

- “El absentismo del trabajador como causa del despido objetivo”. *Revista española de derecho del trabajo*, nº 150, 2011, págs. 387-420.

ARIAS DOMINGUEZ, A.: “¿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, págs. 1-9.

- “Despido por absentismo” en AAVV: “Preguntas sobre la reforma laboral 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5, 2012, versión digital (BIB 2012/2795).

BARREIRA IGUAL, M.B.: “Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, nº 4, 2018, págs. 196-217.

BAYLOS GRAU, A.: “¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52 d) del ET?”, Blog: *Según Antonio Baylos. Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y ciudadanía social*, 2020, disponible en www.baylos.blogspot.com

BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Despido objetivo por faltas de asistencias y el caso Ruiz Conejero: el TSJ de CLM ratifica la existencia de discriminación indirecta”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2019, disponible en www.ignasibeltran.com

- “Discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET: posible discriminación pendiente de concreción (caso TJUE Ruiz Conejero)”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2018, disponible en www.ignasibeltran.com
- “Caso Daouidi (TJUE): incapacidad temporal, despido y discriminación”, Blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2016, disponible en www.ignasibeltran.com

BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la ley 35/2010”, en AA.VV: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 55-94.

BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Informes y Estudios, nº 13, 1995.

CABEZA PEREIRO.: “La discriminación por discapacidad, el caso Chacón Navas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Derecho Internacional y Comunitario*, nº 102, 2014, págs. 299-318.

CARDO RODRÍGUEZ, I.: “Despido de un trabajador en incapacidad temporal. ¿Imprudencia o nulidad por discriminación?”, *La Ley Unión Europea*, nº 43, 2016.

DURÁN LÓPEZ, F.: “La excesiva morbilidad como causa del despido”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 6, 1981, págs. 225-232.

FERNANDEZ MARTINEZ, S.: “Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo”, *IUSLABOR*, nº 3, 2019, págs. 156-172.

GÓMEZ SALADO, M.A.: “El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 446, 2020, págs. 79-108.

- “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 118/2019, de 16 de octubre”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 441, 2019, págs. 173-182.
- “Algunas cuestiones interpretativas sobre la aplicación del párrafo primero del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores: a vueltas con el despido objetivo por absentismo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 220, 2019, págs. 135-176.
- “Despido objetivo y faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 410, 2017, págs. 85-106.

GORELLI HERNANDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 115, 2012, págs. 275-314.

LASO PÉREZ, J.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HK Danmark”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol 1, nº. 1, 2013, págs. 262-265.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Despido por enfermedad crónica y productividad: sumando reveses comunitarios a la reforma laboral”, *Estudios financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 398, 2016, págs. 145-151.

- “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”, *Temas laborales*, nº 130, 2015, págs. 135-160.

MORENO GENÉ, J.: “La enfermedad asimilada a discapacidad como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo. Comentario a la Sentencia del TSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016\25104)”, *IUSLABOR*, nº 2, 2016, págs. 1-23.

MUNÍN SÁNCHEZ, L.M.: “Incapacidad temporal y despido. A propósito de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, Asunto Daouidi, C 395/15”, *Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña*, nº 21, 2017, págs. 384-391.

NORES TORRES, L.E.: “El absentismo”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T., Dir.): *La extinción del contrato de trabajo*, 1ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 165-2020.

PRECIADO DOMENECH, C.A.: “La salud como mercancía, los derechos como moneda, las personas como herramientas. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el despido por razón de enfermedad”, Blog: *Sin permiso*, 2019, disponible en www.sinpermiso.info

RAMOS MORAGUES, F.: “El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral del 2012”, *Revista de jurisprudencia*, 2013, disponible en www.revistas.elderecho.com.

ROJO TORRECILLA, E.: “Derogación del art. 52 d) LET. Un artículo de dos líneas, y un preámbulo de seis páginas, que marcan el inicio del cambio de la normativa laboral. Notas al Real Decreto-Ley 4/2020 de 18 de febrero”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2020, disponible en www.eduardorojotorrecilla.es

- “No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2019, disponible en www.eduardorojotorrecilla.es
- “El TSJ de Castilla-La Mancha confirma que existe discriminación cuando se procede al despido de un trabajador por bajas en el trabajo que derivan de su estado de discapacidad. Notas a la sentencia de 10 de abril de 2019, y recordatorio de las sentencias del TJUE y del JS”, Blog: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2019, disponible en www.eduardorojotorrecilla.es

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15)”, *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social.*, nº 406, 2017, págs. 173-178.

VELASCO PORTERO, M.T.: "El despido del trabajador enfermo: ¿improcedencia o nulidad?", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29, 2014, págs. 150-157.