



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de
Empresas

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR LA CAUSA OBJETIVA DEL ABSENTISMO LABORAL DEL ART. 52 D) ET. UN ANÁLISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES RECIENTES

Presentado por:

Marina Simón Rodríguez

Tutelado por:

Noemí Serrano Argüello

Valladolid, 17 de julio de 2020

RESUMEN

El absentismo laboral es un fenómeno complejo y presente en todas las sociedades. Puede acarrear consecuencias muy negativas para las empresas que lo sufren, así como para la sociedad en su conjunto. Por esto, el ordenamiento jurídico laboral quiso establecer un mecanismo, entre otros, que paliase estos efectos negativos: el despido objetivo por absentismo laboral. En el ordenamiento jurídico español se encontraba recogido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, donde estuvo ubicado durante aproximadamente cuatro décadas. Sin embargo, ha sido recientemente derogado por el Real Decreto-ley 4/2020, sustituido después por la Ley 1/2020. Su derogación se explica a partir de las numerosas controversias que en todo momento han rodeado a esta causa objetiva extintiva de la relación laboral, las cuales han dado lugar, especialmente en los últimos años, a numerosas resoluciones judiciales.

Palabras clave: absentismo laboral, despido objetivo, supresión del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.

ABSTRACT

Absenteeism is a complex phenomenon which is present in all social structures. It can have extremely negative consequences for companies that fall victim to it, as well as for wider society. It is for this reason that the legal system sought to establish a procedure, among others, to alleviate these negative effects: the lawful dismissal of absent employees. In the Spanish legal system, this was provided in Article 52.d) of the Statute of Workers' Rights, where it was provided for approximately four decades. However, this has recently been abolished by the Royal Decree-Law 4/2020, which has been replaced by the Law 1/2020. This abolition is due to many controversies that have constantly surrounded this justified termination of a professional relationship, and which have led to numerous legal rulings, especially in recent years.

Key Words: absenteeism, lawful dismissal, repeal of the article 52.d) of the Statute of Workers' Rights.

LISTADO DE ACRÓNIMOS

BEL: Boletín de Estadísticas Laborales

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CDPD: Convención de Derechos de Personas Discapacitadas

CEDS: Comité Europeo de Derechos Sociales

CEE: Comunidad Económica Europea

ET: Estatuto de los Trabajadores

ETCL: Encuesta Trimestral del Coste Laboral

INE: Instituto Nacional de Estadística

IT: Incapacidad Temporal

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LJS: Ley reguladora de la Jurisdicción Social

LOLS: Ley Orgánica de Libertad Sindical

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OMS: Organización Mundial de la Salud

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto-Ley

SEPE: Servicio Público de Empleo Estatal

STCT: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TCT: Tribunal Central de Trabajo

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UE: Unión Europea

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL ABSENTISMO LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	9
2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA.....	9
2.2. DEROGACIÓN A TRAVÉS DEL RDL 4/2020	19
2.3. PROCEDIMIENTO DEL DESPIDO POR ABSENTISMO.....	21
2.3.1. Requisitos generales en los despidos objetivos	21
2.3.2. Calificación	23
3. DELIMITACIÓN DEL ABSENTISMO LABORAL.....	26
3.1. EL ABSENTISMO LABORAL DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIAL, PSICOLÓGICA Y EN ATENCIÓN A FACTORES FÍSICOS.	26
3.1.1. Conceptualización.....	26
3.1.2. Causas y factores determinantes.....	27
3.2. EL IMPACTO ECONÓMICO DEL ABSENTISMO LABORAL.....	28
3.2.1. El absentismo laboral en España en cifras	28
3.2.2. Costes del absentismo para la empresa y la sociedad	31
3.3. EL ABSENTISMO LABORAL ESTUDIADO DESDE LA ÓPTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL: APROXIMACIÓN INTERNACIONAL Y REGULACIÓN ESPAÑOLA.	32
3.3.1. Definición de la OIT	32
3.3.2. El absentismo laboral y el Derecho comunitario	34
3.3.3. Un ejemplo de Derecho comparado: el concepto de absentismo en Portugal.....	35
3.3.4. Regulación en el ordenamiento jurídico español: ET y negociación colectiva	36
4. LAS FALTAS DE ASISTENCIA: CONTROVERSIAS JUDICIALES.	41
4.1. CARÁCTER DE LAS FALTAS	41
4.2. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL CÓMPUTO	46
4.2.1. Plazos de referencia	46
4.2.2. Supuestos excluidos del cómputo.....	51

4.2.2.1.	Cuestiones generales	51
4.2.2.2.	El derecho a huelga	54
4.2.2.3.	Representación legal de los trabajadores	55
4.2.2.4.	Accidente de trabajo y enfermedad profesional	59
4.2.2.5.	Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia y paternidad 60	
4.2.2.6.	Licencias y vacaciones	61
4.2.2.7.	Enfermedad común y accidente no laboral de duración superior a 20 días	62
4.2.2.8.	Situación física o psicológica derivada de violencia de género 66	
4.2.2.9.	Tratamiento médico de cáncer o de enfermedad grave	67
5.	SUPRESIÓN COMO CAUSA EXTINTIVA. CUESTIONES QUE HAN CONTRIBUIDO A LA DESAPARICIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO.....	71
5.1.	LA ADECUACIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO AL CONVENIO 158 DE LA OIT	71
5.2.	ENCAJE CON EL DERECHO COMUNITARIO. LA INTERPRETACIÓN DEL TJUE DE LA DIRECTIVA 2000/78/CE	75
5.2.1.	Asunto HK Danmark. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013. La enfermedad y la discriminación por discapacidad.	75
5.2.2.	Asunto Daouidi. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016: precisión del concepto de discapacidad: el carácter duradero	78
5.2.3.	Asunto Ruiz Conejero. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018.....	79
5.2.4.	Asunto Nobel Plásticos Ibérica. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019.....	83
5.3.	LA COMPATIBILIDAD DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 16 DE OCTUBRE DE 2019.	86

5.4. SITUACIÓN TRAS EL RDL 4/2020. ¿EXISTE LA NECESIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE UN INSTRUMENTO DE CONTROL DEL ABSENTISMO LABORAL?.....	92
6. CONCLUSIONES.....	96
7. PROPUESTAS.....	99
8. BIBLIOGRAFÍA.....	102
9. ANEXOS.....	106
9.1. ANEXO I: TABLAS.....	106
9.2. ANEXO II: ILUSTRACIONES.....	112

1. INTRODUCCIÓN

El absentismo laboral se constituye como una de las grandes preocupaciones de las empresas, con especial relevancia en las pequeñas y medianas, ya que provoca consecuencias nefastas a su normal funcionamiento, originando una excesiva onerosidad sobrevenida a la misma.

Para paliar dichos efectos negativos, el despido objetivo por absentismo ha estado presente en el ordenamiento jurídico laboral español durante más de cuarenta años. Esta causa de extinción objetiva del contrato de trabajo se encontraba recogida en el artículo 52.d) del ET hasta que fue derogada por el reciente RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020), fruto de la constante polémica que a lo largo de los últimos años rodeó a dicha causa. Los principales motivos que fundamentaban las controversias relacionadas con el despido objetivo por absentismo se pueden resumir en que se constituía como un instrumento que habilitaba al empresario a terminar con una relación laboral como consecuencia de las repetidas ausencias, aún justificadas, en las que incurría el trabajador, incluyendo por tanto algunos supuestos tan cuestionables como las enfermedades.

Podemos señalar como punto de inflexión la reforma laboral efectuada en el año 2012, que eliminó uno de los elementos que más objetividad proporcionaban al despido por absentismo: el índice del absentismo global de la plantilla. Hasta ese momento, en realidad, el despido objetivo por absentismo disfrutaba de escasa aplicabilidad, pues los requisitos que establecía el artículo 52.d) del ET limitaban enormemente su posibilidad de uso. Sin embargo, al suprimir la necesidad de concurrencia de un determinado porcentaje de absentismo global, la aplicabilidad de esta causa se flexibilizó, dando lugar a un aumento del número de litigios relativas a la misma. Seguidamente, el TJUE comenzó a recibir cuestiones prejudiciales en relación con la posible discriminación por razón de discapacidad en la que podía derivar la aplicación del precepto, lo cual originó distintas resoluciones que intentaban aclarar este asunto, estableciendo progresivamente distintas pautas a España para asegurar que el referido precepto estuviese en consonancia con la normativa europea. Además de esto, no fueron pocos los que planteaban la contradicción

del artículo 52.d) del ET con el Convenio número 158 de la OIT, cuyo artículo 6.1 establece que “*la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo*”. En este escenario, la discusión acabó llegando al TC, el cual, a través de su sentencia de 16 de octubre de 2019, declaró, tomando en consideración tanto la doctrina del TJUE como la problemática en relación al Convenio 158 de la OIT, que el precepto, esto es, el artículo 52.d) del ET mediante el que se habilita el despido objetivo por absentismo, se ajustaba a la Constitución Española, y no vulneraba ningún derecho. Esta resolución provocó numerosas críticas a nivel nacional, desembocando, en última instancia, a la derogación de este precepto a través del RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020) que ya hemos mencionado.

El objetivo del presente trabajo es realizar un estudio del absentismo laboral como causa de despido objetivo tal y como estaba estructurado en el artículo 52.d) del ET, así como analizar los motivos por los que se erigía como una causa de extinción objetiva tan controvertida y problemática, hasta el punto de llegar a su supresión como tal. Para ello, se tendrán en cuenta numerosas resoluciones judiciales que han ido interpretando este artículo, con especial atención en las que provienen del TJUE, así como el último pronunciamiento del TC que hemos mencionado por su incuestionable importancia en el tema.

En lo que respecta a la estructura, se ha comenzado con un estudio de la configuración jurídica del despido objetivo por absentismo, desde su precedente más inmediato, su introducción en el ET, y hasta su supresión como causa extintiva de la relación laboral. En segundo lugar, se ha realizado una aproximación conceptual, intentando establecer una definición de absentismo desde distintas perspectivas: la social, y la jurídica. El absentismo es un fenómeno complejo, que va más allá de su regulación jurídica. En tercer lugar, se han pretendido estudiar las controversias judiciales más frecuentes que surgían de la última redacción vigente del artículo 52.d) del ET para llegar a un mayor entendimiento de los problemas que planteaba. Para ello, hemos considerado conveniente establecer dos bloques diferenciados, haciendo referencia por una parte a las cuestiones relacionadas con el carácter de las faltas de asistencia para que fuesen consideradas dentro del absentismo

laboral, y por otra, las relacionadas con el cómputo de las ausencias. En cuarto lugar, se ha querido también hacer referencia al impacto económico que provoca el absentismo laboral en España, intentando así identificar los problemas que este fenómeno provoca no solo para las empresas, sino para la sociedad en general. En quinto lugar, se ha querido también indagar en las razones que han terminado desembocando en la derogación del despido objetivo por absentismo, con especial hincapié en distintas resoluciones del TJUE, y en la última del TC en referencia a este tema. También se han querido esclarecer algunas cuestiones que pueden plantear dudas tras la derogación del mencionado artículo. Por último, se van a extraer unas conclusiones, seguidas de unas propuestas.

2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL ABSENTISMO LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Con el objetivo de proporcionar un mayor entendimiento del absentismo laboral como causa de extinción objetiva, se considera oportuno comenzar con el estudio de su evolución normativa, comenzando por su introducción en el ordenamiento jurídico español, hasta llegar a su reciente derogación.

El precedente más cercano de esta causa de extinción objetiva lo encontramos en el RDL 17/1977, de 4 de marzo sobre Relaciones de Trabajo. El mencionado RDL, de acuerdo con su exposición de motivos, pretende seguir los criterios señalados por la OIT, a la vez que se tomaban en consideración los marcados por la CEE aún sin ser España Estado miembro en esos momentos. De esta manera, se contemplaron dos tipos diferenciados de despido individual: el primero de ellos de carácter disciplinario, para el cual se establecían una serie de causas adjetivadas por la misma norma como “justas”; y, por otra parte, el derivado de la capacidad profesional del trabajador o del

funcionamiento de la empresa, que ya no está constituido por causas justas como el anterior caso, sino que son causas descritas como “suficientes”¹.

El artículo 39.1.d)² de esta norma introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el absentismo laboral como causa de despido objetivo, y lo hace imponiendo tres requisitos: que las faltas de asistencia (justificadas o no) superasen el 30% de las jornadas laborales; que dichas faltas fuesen intermitentes; y, por último, que no se derivasen de enfermedad o accidente que produjeran incapacidad continuada de larga duración³. Se desprende de esto que el legislador perseguía consagrar el carácter causal de los despidos individuales, rechazando por tanto el despido libre⁴ a través de la imposición de las exigencias mencionadas. Tanto el establecimiento de un porcentaje numérico como la exigencia de intermitencia en las ausencias, revestía de objetividad a la causa. Se introducía asimismo una única exclusión referida a la incapacidad continuada de larga duración, lo cual desemboca en que, fuera de este supuesto, el motivo justificador de la inasistencia carecía de relevancia, ya que, a efectos de cómputo, todas van a tener el mismo tratamiento. Es evidente que la norma suscitó problemas interpretativos en relación con esta exclusión, acentuados además por la ambigüedad del concepto de incapacidad continuada de larga duración. La jurisprudencia se encargó de delimitar este término, estableciendo así la identificación de incapacidad continuada de larga duración con enfermedades de cierta entidad cuya duración permite su fácil

¹ Cabero Morán, E. (2019): El controvertido despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes, *Trabajo y Derecho*, nº60, Sección Legislación/ Observatorio temático de legislación, Wolters Kluwer, pág 1-2.

² Dicho precepto disponía:

“1. Por circunstancias objetivas, fundadas en la capacidad profesional del trabajador o en las necesidades del funcionamiento de la empresa, constituyen causa suficiente para el despido las siguientes: (...) d) Las faltas, aún justificadas, de asistencia al trabajo, cuando fueren intermitentes, superen en un año el 30% de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzcan la incapacidad continuada de larga duración.”

³ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, pág. 42.

⁴ Cabero Morán, E. (2019): El controvertido despido objetivo por faltas de asistencia ..., op.cit., pág. 1-2.

comprobación por los servicios sanitarios de la seguridad social, en contraposición de otras de carácter intermitente de corta duración (STCT de 21 de septiembre de 1979)⁵. Por otra parte, a través de la jurisprudencia se hace una interpretación extensiva de la exclusión, considerando como faltas no computables el ejercicio de algunos derechos del trabajador, como la participación en huelga o el descanso por maternidad⁶.

Fue en el año 1980 cuando, con la promulgación del Estatuto de los Trabajadores⁷, se mantiene esta causa en el artículo 52.d) bajo la rúbrica “Extinción del contrato por causas objetivas”, ubicación que ha conservado hasta su derogación. Como consecuencia de los problemas interpretativos mencionados entorno al anterior artículo 39.d) del RDL 17/1977, el legislador introdujo en el nuevo 52.d)⁸ del ET originario una serie de modificaciones con el propósito de intentar solventarlos., y teniendo presentes las resoluciones jurisdiccionales acaecidas hasta entonces.

Se produce, en primer lugar, un cambio con respecto al porcentaje de faltas asistenciales requerido, que pasa del 30%, al 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o al 25% en cuatro meses discontinuos dentro del periodo de doce meses. Pero además se introduce una vinculación del absentismo laboral individual con el absentismo global de la plantilla, de forma que se condiciona el uso de esta causa extintiva a que exista también un índice de absentismo general mayor al 5% en los mismos periodos de tiempo. Por

⁵ RTCT 1979\5045.

⁶ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral ...*, op. cit., pág. 43.

⁷ Promulgación a través de la Ley 8/1980. BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980.

⁸ *“El contrato podrá extinguirse: (...) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos, pero dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos periodos de tiempo.*

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, 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 veinte días consecutivos.”

otra parte, se introduce un segundo párrafo que se encarga de concretar con mayor precisión aquellos supuestos que no van a poder considerarse en el cómputo y siguiendo la línea de la interpretación extensiva de la jurisprudencia.

Se puede observar que el ET originario, introduce modificaciones con respecto al despido objetivo por absentismo en dos sentidos distintos. Por una parte, reduce significativamente el porcentaje de ausencias requerido que habilitaba el uso de esta causa de extinción objetiva, lo cual a primera vista se puede considerar como perjudicial para el trabajador por, aparentemente, facilitar su despido. Sin embargo, se condiciona el uso de este instrumento al absentismo global de la plantilla, reduciendo por consiguiente su ámbito de aplicación a la vez que se hace más evidente el carácter objetivo que se perseguía con esta causa de extinción: localizar las faltas imputables a la voluntad del trabajador, que de alguna manera lastran el normal funcionamiento de la empresa. Además, a la vez que se amplían los supuestos de exención, se amplía también la protección al trabajador con el fin de evitar que se computen ausencias en detrimento de sus derechos fundamentales.

En el año 1995 se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo⁹. A pesar de que no se introducen en este momento cambios en la redacción del artículo 52.d) ET, conviene tener presentes las sucesivas reformas que han modificado dicho precepto. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹⁰ introdujo nuevos supuestos de exclusión para el cómputo de las faltas asistenciales. La promulgación de esta ley responde en buena medida a la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y la Directiva del Consejo 96/34/CEE, de 3 de junio sobre el permiso parental y la ausencia al trabajo para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de

⁹ BOE núm.75, de 29 de marzo de 1995

¹⁰ BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999

oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Siguiendo el propósito de estas directivas, el legislador español introduce como medida protectora frente al despido objetivo la exclusión expresa de las ausencias motivadas por enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia, así como aquellas relacionadas por el riesgo durante el embarazo¹¹. Se puede señalar que el legislador español sigue las pautas preexistentes dado que la introducción de esta exclusión en el cómputo de las ausencias continúa estando relacionada con cuestiones relativas a la protección de derechos fundamentales¹².

Cinco años más tarde, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, continúa con la ampliación de supuestos no computables, incluyendo así faltas motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género que hayan sido acreditadas por los servicios sociales o de salud.¹³ Se debe tener en cuenta que esta Ley

¹¹ Gárate Castro, F.J. (2000): Apuntes sobre la Ley 39/99, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, *Revista xurídica galega*, Nº26, págs.13-26.

¹² Conviene hacer un inciso en relación con Ley 39/1999, y es que la modificación que supuso en el artículo 52.d) no resulta la más significativa. Es más, supuso numerosos cambios no solo en el articulado del ET, sino que también en cuanto a aspectos contenidos en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

¹³ Redacción del 52.d) tras dichas modificaciones: *“El contrato podrá extinguirse: (...) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos, pero dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos periodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, 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 veinte días consecutivos, ni las motivadas*

se promulga en un momento en el que se producen en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género¹⁴. De acuerdo con su exposición de motivos, la Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales (tales como Naciones Unidas, la OMS o la UE), persiguiendo el propósito de diseñar una respuesta global a la violencia de género. La introducción en el listado de supuestos no computables de las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de violencia de género sigue la misma línea expuesta hasta el momento. Es decir, todas las ampliaciones de las ausencias no computables están vinculadas a evitar la discriminación, así como la protección de determinados individuos, centrándose en este caso en las víctimas de violencia de género.

Se puede observar llegados a este punto que desde el Estatuto de los Trabajadores originario en 1980 no se produjeron modificaciones importantes en la redacción del artículo 52.d)¹⁵ ET. Es más, se podría decir que la tendencia que siguieron las reformas se centró en la ampliación del cuadro de exclusiones, introduciendo nuevos supuestos en los que las faltas no

por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.”

¹⁴ Se pueden mencionar las siguientes: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

¹⁵ *“El contrato podrá extinguirse: (...) d) El contrato podrá extinguirse: (...) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos, pero dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos periodos de tiempo.*

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga general 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 veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.”

computaban, dejando así de lado la causa objetiva de extinción del contrato por absentismo como tal. No es hasta la reforma laboral de 2010 cuando se proporciona una nueva redacción al precepto, introduciendo cambios en la aplicación de este. Dicha reforma se articuló a través del RDL 10/2010¹⁶ y de la posterior Ley 35/2010¹⁷. Por una parte, esta reforma continúa la tendencia anterior e incluye en el segundo párrafo del precepto nuevos supuestos no computables. En concreto, se incluye de forma expresa las faltas de asistencia debidas al riesgo durante la lactancia¹⁸. En la regulación precedente solo se hacía referencia al riesgo durante el embarazo, incluyendo, eso sí, las enfermedades derivadas del embarazo, parto y lactancia. La introducción de este nuevo supuesto, por tanto, se deduce que se deriva de el propósito de solucionar posibles problemas interpretativos, ya que, a estos efectos, en muchas ocasiones la jurisprudencia hacía interpretación extensiva estimando incluidas las faltas derivadas del riesgo durante la lactancia en los supuestos de exclusión. Se trata realmente de una reforma formal¹⁹. Asimismo, la reforma incluye también un segundo nuevo supuesto, estableciendo que tampoco se computarán como faltas de asistencia aquellas derivadas de la paternidad.

Por otra parte, se introdujo un cambio sustancial que constituye realmente la novedad. En la redacción anterior, para poder hacer uso de esta causa para extinguir de forma objetiva un contrato, era necesario un porcentaje mínimo del 5% de absentismo del total de la plantilla en los periodos de tiempo marcados. Con la reforma del 2010, se reduce este índice hasta el 2,5%, lo que supone un incremento de las facultades del empresario para extinguir un contrato de

¹⁶ Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 147, de 17 de junio de 2010.

¹⁷ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010.

¹⁸ La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres crea la prestación de riesgo durante la lactancia natural, dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. Su finalidad es la de proteger la salud de la mujer trabajadora y de su hijo durante el periodo de lactancia natural.

¹⁹ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares.

forma unilateral, incidiendo sin lugar a duda en la facilitación de aplicación de esta causa. Resulta interesante señalar que, a través de una enmienda presentada por el grupo parlamentario del PNV, se propuso en estos momentos la eliminación de dicho porcentaje. Sin embargo, la propuesta fue finalmente rechazada.

La razón de ser de esta reducción la encontramos en las numerosas críticas de la doctrina, que apuntaban las bajas posibilidades de aplicación práctica de esta causa, ya que el cumplimiento del índice del 5% del total de la plantilla lo dificultaba enormemente²⁰. Pero es que, además, los críticos apuntaban que este sistema premiaba al trabajador absentista, que se refugiaba en el cumplimiento del resto de trabajadores²¹. El hecho de condicionar la aplicación de esta causa con un nivel colectivo de absentismo en un mismo periodo de tiempo podía suponer que las ausencias individuales quedasen amortiguadas por los bajos niveles de ausencias en la plantilla, razón por la que un sector doctrinal defendía la supresión total del índice. Consideraban que, al desvincular la causa de extinción del índice global de absentismo de la plantilla, cada trabajador asumiría las consecuencias de su falta de asistencia²².

Posteriormente, la reforma del 2012, efectuada a través del RDL 3/2012²³ y la Ley 3/2012²⁴, prosigue con la flexibilización de esta causa extintiva, otorgando al artículo 52.d) una nueva redacción²⁵. La modificación más importante la

²⁰ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral ...*, op. cit., pág.46.

²¹ JIMÉNEZ BIDÓN, A (2014).: “El Absentismo Laboral” Disponible en: <https://bidonabogados.com/el-absentismo-laboral/> [consulta: 4/2020].

²² Romero Burillo, A.M (2011): “La reformulación de las causas de extinción del contrato de trabajo: la nueva regulación del absentismo laboral”, *XXI Jornades Catalanes de Dret Social*, Lleida.

²³ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012.

²⁴ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

²⁵ “*El contrato podrá extinguirse: (...) d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.*”

encontramos en la supresión del índice de absentismo total de la plantilla, de forma que a partir de la entrada en vigor de este precepto bastaba con que el número de ausencias del trabajador despedido superase los porcentajes expuestos en la ley. La idoneidad de suprimir la referencia al índice global de la plantilla, como se ha expuesto anteriormente, ya había sido debatida en la Reforma precedente del 2010. Con esta supresión se facilitó el despido y se extendió la aplicación de esta causa en detrimento del interés de los trabajadores. Se pasa a considerar plenamente el absentismo como una cuestión individual de cada trabajador, por lo que únicamente su inasistencia es lo que determina la aplicación de esta causa de extinción objetiva²⁶. Por otra parte, apuntan algunos autores que dicha supresión resultó beneficiosa para pequeñas y medianas empresas donde el absentismo individual puede tener efectos de mayor envergadura, y donde es más difícil contabilizar el absentismo de todos los empleados²⁷. Por consiguiente, se puede llegar a la conclusión de que, si bien es cierto que tener en consideración el índice global de absentismo de la plantilla refuerza el carácter objetivo de esta modalidad extintiva al evidenciar la excesiva onerosidad que le supone al empresario mantener al trabajador en cuestión, es en las grandes empresas donde realmente resulta óptimo su uso. Y no nos podemos olvidar de que el tejido

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga general 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 veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”.

²⁶ Arias Domínguez, A. (2012): La Reforma Laboral de 2012 (I): Absentismo (1). <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/la-reforma-laboral-de-2012-i-absentismo-1> [consulta:4/2020].

²⁷Gómez Salado, M. Á. & Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, op. cit., pág. 46.

empresarial español esta formado mayoritariamente por pymes. En consecuencia, la Reforma del 2012 es, hasta ese momento, la más significativa en lo que respecta al absentismo como causa extintiva objetiva, ampliando en la práctica su ámbito de aplicación considerablemente.

Por contra, la reforma introduce una nueva exigencia adicional en el párrafo primero del 52.d), requiriendo así que el total de las faltas de asistencia de los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles en el supuesto de extinción por superar el 20% de ausencias permitidas en dos meses consecutivos. Apuntan algunos autores que esta medida favorece la objetividad en la extinción del contrato, al mismo tiempo que mejora la posición del trabajador²⁸. Se podría decir que, de esta forma, se suple la pérdida de objetividad que comportaba la toma en consideración del índice global de absentismo a través de la introducción de nuevos parámetros numéricos.

De nuevo, esta reforma continúa ampliando el cuadro de supuestos excluidos para el cómputo de las faltas de asistencia, incluyendo así un tercer párrafo en el que se hace referencia a ausencias por razón de tratamientos médicos de cáncer o enfermedad grave. La introducción de esta nueva situación no computable debe entenderse en un contexto en el que existe una mayor sensibilización en relación con estas enfermedades. Es más, podemos conectar este párrafo tercero con la previa regulación de la reducción de jornada de trabajo para el cuidado de un menor afectado por un cáncer o por una enfermedad grave²⁹, y con el reconocimiento de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social³⁰. Es importante señalar que el cáncer, de acuerdo con la OMS, es la segunda causa de muerte en todo el mundo, y se trata de una enfermedad de suficiente entidad y gravedad como para permitir a un trabajador ausentarse sin que esto le suponga efectos

²⁸ MOLINA NAVARRETE, C: “La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y “versos sueltos”, *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, núm. 352, 2012.

²⁹ Supuesto recogido en el párrafo tercero del artículo 37.6 del ET.

³⁰ Gómez Salado, M.A (2019): El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido al “tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 148, págs. 189-214, pág.197.

indeseables en su relación laboral³¹, lo cual explica por qué el legislador decidió introducir dicho supuesto. Por su parte, la mención expresa de enfermedades graves responde a las reivindicaciones de algunos colectivos y asociaciones, entre las cuales se puede destacar las Asociaciones de afectados por la Esclerosis múltiple³².

2.2. DEROGACIÓN A TRAVÉS DEL RDL 4/2020

Tras la reforma del 2012, la letra d) del precepto que nos ocupa no ha vuelto a modificarse. Sin embargo, como ya hemos adelantado con anterioridad, el reciente RDL 4/2020³³ suprime del artículo 52 esta causa de extinción objetiva. Este Real Decreto-ley es obra del Gobierno de coalición del PSOE y Unidas Podemos, impulsada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social con el objetivo de contribuir a la promoción de prevención de riesgos, salud y seguridad en el trabajo³⁴.

El RDL 4/2020 se compone de un único artículo, precedido de un extenso preámbulo de seis páginas en el que expone las razones políticas y circunstancias coyunturales estimadas en atención a la derogación de esta causa de despido objetivo. En dicho preámbulo, se afirma por un lado la reducción de la aplicabilidad del despido por absentismo como consecuencia de la constante incorporación de supuestos excluidos del cómputo, desembocando así en la limitación de uso de esta causa tan solo en cuanto a faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de

³¹ *Ibidem*, pág. 198.

³² *Ibidem*, pág.196.

³³ Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2020.

³⁴ SEPE. “Derogado el artículo 52d del Estatuto de los Trabajadores que amparaba el despido por bajas médicas justificadas” 19 de febrero 2020. Disponible en <http://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/detalle-noticia.html?folder=/2020/Febrero/&detail=derogacion-articulo-ET-despido-bajas-medicas-justificadas> [consulta: 5/2020].

duración inferior a 20 días³⁵. Por otro lado, se especifica el cumplimiento con las directrices del TJUE a propósito del Caso Ruiz Conejero (STJUE 18 enero 2018)³⁶, reproduciendo así el fallo de esta que establece la inadecuación del artículo 52.d) del ET a la Directiva 2000/78/CE por considerar que su formulación podía ser constitutiva de discriminación por discapacidad³⁷. Aunque dicha Directiva no contiene una definición expresa del concepto de discapacidad, el TJUE ha venido concretando su alcance, dispensando así protección a la misma, de forma que se equipara discapacidad con una enfermedad prolongada en el tiempo o minusvalía³⁸. Tomando como referencia este concepto, se puede apreciar que el debate entorno a esta causa de extinción objetiva se ha terminado desviando a su uso como instrumento discriminatorio para las personas con discapacidad, disipándose así la voluntad con la que el legislador lo introdujo: posibilitar al empresario a extinguir unilateralmente una relación laboral con un trabajador que, por sus repetidas e intermitentes ausencias, le hace soportar una onerosidad excesiva.

Asimismo, resulta interesante señalar que la convalidación del Real Decreto-ley 4/2020 se acuerda el 25 de marzo de 2020³⁹, tan sólo unos días después de que el Gobierno declarase el estado de alarma⁴⁰ debido a la crisis sanitaria

³⁵ Gómez Salado, M.A (2020): “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”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 79-108, pág.95.

³⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero C-270/2016. ECLI:EU:C:2018:17

³⁷ Gómez Salado, M.A (2020): “El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente...”, op.cit., pág. 96.

³⁸ Maneiro Vázquez, Y (2016): “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 191 (Octubre) Estudios. Disponible en: <https://pjenlinea3.poderjudicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/La%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20Directiva%202000%2078CE%20por%20el%20Tribunal%20de%20justicia.pdf>

³⁹ Publicado en «BOE» núm. 88, de 30 de marzo de 2020, páginas 27638 a 27638.

⁴⁰ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Publicado en «BOE» núm. 67, de 14 de marzo de 2020, páginas 25390 a 25400.

ocasionada por el COVID-19. El momento en el que se produce esta convalidación resulta cuanto menos curioso. Por una parte, se puede considerar que la crisis sanitaria haya desviado la atención mediática de dicha convalidación. Por otra, desde el Ministerio de Trabajo se ha reafirmado la necesidad de derogación del 52.d) ET aludiendo a las consecuencias negativas que podría suponer su mantenimiento precisamente durante dicha crisis. En lo relativo al resto de grupos políticos, cabe mencionar que, pese a las críticas que han venido manifestando desde la aprobación del Real Decreto-ley 4/2020, finalmente fue convalidado por la amplia mayoría de la Cámara⁴¹.

Por último, hay que añadir que este RDL 4/2020 ha sido a su vez derogado por la Ley 1/2020⁴², la cual se limita a reiterar una exposición de motivos prácticamente igual a la que ya se plasmó en el RDL mencionado, incidiendo a su vez en las razones por las que se utilizó dicho el RDL.

2.3. PROCEDIMIENTO DEL DESPIDO POR ABSENTISMO

2.3.1. Requisitos generales en los despidos objetivos

La extinción de la relación laboral por absentismo se encuadraba dentro de las causas de despido objetivo, y como tal, el procedimiento que se debía seguir es el marcado para el resto de las causas objetivas. La presencia de las causas que recoge el artículo 52 ET es necesaria, pero no suficiente. Se exige también la observancia de una serie de requisitos formales para extinguir un contrato por causa objetiva.

⁴¹Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. «BOE» núm. 88, de 30 de marzo de 2020, páginas 27638 a 27638. Votos: 207 a favor, 16 en contra y 91 abstenciones.

⁴²Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. «BOE» núm. 194, de 16 de julio de 2020.

En primer lugar, el artículo 53 del ET hace referencia a la exigencia de una comunicación escrita al trabajador. Nos estamos refiriendo a lo que comúnmente se denomina “carta de despido”. A través de esta, se ha de indicar la causa concreta y la razón de despido, sin ser suficiente una referencia abstracta a la causa. Junto con la señalización de una causa no genérica, la determinación de fecha, y la forma escrita, se constituyen como elementos esenciales para que el trabajador pueda ejercer su derecho de defensa.

El segundo requisito por cumplir es el preaviso de quince días. Este plazo correrá desde la entrega de la comunicación escrita, y será sustituible por la entrega de la retribución correspondiente a dicho periodo. Durante el periodo de preaviso al trabajador se le concederá una licencia retribuida de 6 horas semanales con la finalidad de que pueda buscar un nuevo empleo⁴³.

El último requisito formal es la puesta a disposición de la indemnización al trabajador al tiempo de la comunicación del despido. El trabajador tiene derecho a recibir la indemnización en todo caso. La cuantía de la indemnización será la correspondiente a veinte días de salario por año de servicio. Los periodos inferiores a un año serán prorrateados, y el máximo a recibir serán doce mensualidades. Sin embargo, en el supuesto de que se alegue causa económica, el legislador permite que se pueda demorar la entrega de la indemnización a la fecha en que se haga efectiva la extinción del contrato de trabajo, constanding expresamente en la carta de despido que la empresa no puede poner a disposición del trabajador dicha indemnización en esos momentos.

⁴³ En el supuesto de las causas a las que hace referencia la letra c) del artículo 52 (económicas, técnicas, organizativas y de producción), es necesario proporcionar una copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores. A pesar de la literalidad, se debe entender que el escrito que se debe entregar es la carta de despido dado que no existe escrito de preaviso como tal. No se especifica el plazo del que se dispone para entregar dicha copia, pero se interpreta que se debe hacer en los diez días sucesivos a la entrega de la comunicación de despido. En el supuesto de no entregar copia, va a tener consecuencias en la calificación del despido. Goerlich Peset, J. M. et al. (2019) *Derecho del trabajo*. 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

2.3.2. Calificación

A tenor del artículo 53.3 ET, el trabajador puede “*recurrir la decisión extintiva como si se tratase de despido disciplinario*”. No dispone reglas concretas y hace alusión al despido disciplinario, por lo que es preciso acudir a la regulación de este.

El artículo 121.1 LJS dispone que el plazo de caducidad para ejercer la acción de impugnación de la decisión extintiva es de 20 días, y comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo. Tras haber sido impugnada la extinción del contrato por causas objetivas, el órgano judicial podrá declarar esta como procedente, improcedente y nula, produciéndose distintos efectos según la calificación.

El cumplimiento de los requisitos formales recogidos en el artículo 53.1 ET y la acreditación de la causa legal alegada por el empresario, hacen que el despido devenga procedente. El efecto inmediato es la extinción de la relación laboral.

Sin embargo, se declarará improcedencia en los supuestos en los que se aprecie falta de forma o no acreditación de la causa legal. Conviene hacer una serie de matices, y es que la falta de preaviso de quince días o la no concesión del permiso retribuido de seis horas semanales, no llevará a la improcedencia. Tampoco errores excusables en el cálculo de la indemnización. Por consiguiente, se puede concluir que tan solo la inobservancia de los requisitos formales relativos a la comunicación escrita y la remisión de copia a los representantes de los trabajadores resultan en la declaración de improcedencia. Como se señalaba anteriormente, en la comunicación escrita se ha de recoger de forma no genérica la causa del despido. En el supuesto de que la causa de despido objetivo venga motivada por las ausencias del trabajador, de acuerdo con criterios jurisprudenciales, se debe concretar en la carta de despido las fechas de inicio y final de los periodos en los que se han computado las ausencias. Asimismo, se debía determinar el número de jornadas hábiles que comprenden. Este dato se considera esencial para poder establecer si se superan o no los porcentajes a los que se refería el artículo 52.d) del ET. Por último, se debe señalar con el desglose correspondiente las ausencias que se han considerado computables junto con la cause que le

conste a la empresa, así como el número de jornadas hábiles a las que afectaron tales ausencias. La razón de ser del requerimiento de esta información en la comunicación escrita la encontramos en que, de no recogerla, la *“posibilidad de defensa del trabajador despedido se vería seriamente mermada si el mismo desconoce qué concretos días de ausencia al trabajo se han computado por la empresa y cual era la causa de tal inasistencia al trabajo que la empresa considera que concurría”*. No se le puede exigir al trabajador despedido el conocimiento perfecto de qué días acudió al trabajo y el motivo su inasistencia, ya que *“la empresa también ha de ser cabal conocedora de los días en los que sus trabajadores acuden o no a trabajar”*⁴⁴. Por tanto, para calificar improcedente el de despido objetivo por absentismo, la comunicación escrita debía estar incompleta en el sentido que se acaba de exponer.

Además, cabe añadir que la posterior observancia por el empresario de los requisitos formales incumplidos no constituirá la subsanación de estos, de forma que el acto extintivo gozará de efectos desde la fecha de dicha subsanación. Por su parte, los efectos de la declaración de improcedencia serán los mismos que se prevén para el despido disciplinario, de forma que el empresario tendrá la opción de o bien readmitir al trabajador, o bien proceder al pago de su indemnización, salvo que el despedido sea un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, al cual le corresponderá siempre esta opción, de acuerdo con el artículo 56.4 del ET⁴⁵. En este caso, la indemnización será de 33 días de salario por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades.

⁴⁴ Así se desprende de los fundamentos de derecho decimoquinto y decimosexto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Social, Sección 1). Sentencia núm. 258/2019 de 19 de marzo. ECLI: ES:TSJICAN:2019:542

⁴⁵ El artículo 56.4 del ET establece que: *“Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2”*.

Por último, el órgano jurisdiccional podrá declarar la nulidad del despido en casos concretos: cuando se aprecie discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y, en algunos supuestos en los que no se respeta la prioridad de permanencia⁴⁶. Debido a que gran parte de las impugnaciones de despidos objetivos por absentismo han versado sobre la existencia o no de causa discriminatoria motivada por la discapacidad del trabajador, la calificación de nulidad adquiere especial relevancia. De hecho, se puede extraer de las Disposiciones Generales del Real Decreto-ley 4/2020 (posterior Ley 1/2020) que una de las razones de peso en las que se sostiene la derogación del artículo 52.d) del ET es precisamente la posibilidad de incurrir discriminación por discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. Se puede mencionar en estos momentos la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019⁴⁷, la cual concluye que el uso del artículo 52.d) del ET para extinguir una relación laboral, no puede motivarse en las ausencias atribuibles a la discapacidad del trabajador ya que en tal caso constituiría una discriminación prohibida que debe comportar la nulidad de la decisión empresarial de extinguir dicha relación laboral. De este modo, en dicha sentencia se argumenta que no deben ser computadas entre las ausencias que justificaban el uso de la causa prevista en el artículo 52.d) del ET las derivadas de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador, entendida en sentido amplio⁴⁸.

⁴⁶ También se podrá declarar la nulidad del despido cuando se produzca fraude en la utilización del 52.c), de forma que el despido constituía realmente parte de un despido colectivo.

⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social). Sentencia núm. 553/2019 del 10 de abril. ECLI: ES:TSJCLM 2019.808

⁴⁸ Moreno Gené, J. (2019): "La nulidad del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo derivadas de enfermedad relacionada con la discapacidad del trabajador a propósito de la STSJ de Castilla-la Mancha de 10 de abril de 2019. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, ISSN 2386-8090, Nº. 57, págs. 111-130.

3. DELIMITACIÓN DEL ABSENTISMO LABORAL

3.1. EL ABSENTISMO LABORAL DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIAL, PSICOLÓGICA Y EN ATENCIÓN A FACTORES FÍSICOS.

3.1.1. Conceptualización

Parece oportuno partir de la construcción psicosocial del absentismo con la finalidad de analizar posteriormente sus consecuencias en el mundo jurídico laboral, teniendo siempre en cuenta que estamos ante un fenómeno de difícil análisis, que afecta a todo tipo de organizaciones y personas⁴⁹.

El absentismo laboral se erige como una cuestión que abarca distintas dimensiones, entre las que podemos mencionar la social, económica y humana. Estas dimensiones tienen repercusión a nivel empresarial, individual y para la sociedad en sí misma. Para la empresa, el absentismo constituye un obstáculo para la consecución de objetivos y entorpece la planificación a la par que puede desembocar en el encarecimiento del producto final y en la deficiencia de los servicios prestados. Desde el enfoque del empleado, puede suponer el surgimiento de tensiones en el lugar de trabajo, así como disminución de su percepción económica. Para la sociedad puede conllevar una disminución de ingresos o un incremento de costes para la Seguridad Social⁵⁰.

En vista a la amplitud y cotidianidad del fenómeno, es de suponer que existen múltiples definiciones. Resulta oportuno establecer una definición genérica de lo que es considerado como absentismo. De esta manera, si acudimos a la Real Academia Española, nos encontramos con distintas acepciones. La primera de ellas hace referencia a la “*abstención deliberada de acudir al lugar donde se cumple una obligación*”, mientras que la segunda alude al “*abandono habitual del desempeño de funciones y deberes propios de un cargo*”. Si llevamos esta definición común a nuestro campo desde una perspectiva social, podemos establecer que el absentismo laboral se puede definir, de forma

⁴⁹ Asepeyo, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151.

⁵⁰ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...*, *op.cit.*, pág. 11.

genérica, como la falta de asistencia voluntaria y/o habitual del trabajador a su puesto de trabajo. Es decir, las faltas asistenciales pueden ser tanto deliberadas como involuntarias, y acarrear una reducción de la productividad del trabajador al revestirse de este carácter habitual. Se desprende, indudablemente, connotaciones negativas de este concepto.

La psicología social ha estudiado el problema con gran profundidad, instituyéndose como la aproximación con mayor vocación de comprender las causas del absentismo. De esta manera, se tienen en cuenta desde esta perspectiva, además de los hechos objetivos, los motivos subjetivos que hacen que un individuo decida no acudir a su puesto de trabajo. A lo largo de los años, diversos autores han propuesto una gran variedad de modelos explicativos de las causas del absentismo. A continuación, con el propósito de establecer las causas y factores del absentismo desde esta perspectiva psicosocial, se va a hacer una breve mención del modelo propuesto por Rhodes y Steers, considerado uno de los más completos⁵¹.

3.1.2. Causas y factores determinantes

Según el modelo Rhodes Steers, en la decisión del empleado de acudir a su puesto intervienen tres elementos: su motivación por asistir, su percepción de los factores que pueden dificultar su asistencia, y las presiones que recibe de su entorno⁵².

El primer factor que se señala es la motivación, la cual se encuentra afectada por distintos componentes. Por una parte, las prácticas organizacionales determinan políticas de control del absentismo, incluyendo elementos como la capacidad coercitiva de la empresa a través de mecanismos de penalización, así como el diseño del puesto de trabajo. Por otra parte, también inciden en la motivación las actitudes, valores y metas del empleado. En conexión con estos dos componentes, se ha de mencionar también la influencia de la "cultura

⁵¹ Martínez, R. y Jané, P. 2014, "In the polysemy of the term absenteeism, an attempt to concretion of the necessary conditions of the concept", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, no. 11, pág.82.

⁵² *Ibidem*.

absentista” de la organización en la configuración de la motivación del empleado⁵³.

En segundo lugar, el modelo se refiere a la percepción de los factores que pueden dificultar la asistencia. Es decir, la interpretación subjetiva que realiza el trabajador en cuanto a unos hechos objetivos, que constituyen las llamadas barreras de asistencia. Se señalan tres barreras de asistencia principales: la enfermedad, las responsabilidades familiares, y las dificultades físicas. La misma barrera en distintos trabajadores puede conllevar resultados diferentes, de modo que mientras que unos consideran necesaria su asistencia al trabajo, otros no⁵⁴.

Por último, el entorno es también un factor importante a tener en cuenta. Aquí se incluirían aspectos como la cultura de la sociedad a la que pertenece el empleado, la situación geográfica de la empresa, condiciones económicas.... Estos aspectos pueden presionar a favor o en contra de la ausencia⁵⁵.

Una vez expuesto el absentismo desde el análisis psicosocial, podemos concluir que se trata de un fenómeno consecuencia del resultado de una decisión, que puede ser a su vez libre o condicionada. Es, por lo tanto, un acto deliberado y consciente que se asienta en un motivo que lleva a al trabajador a tomar la decisión de no asistir a su puesto de trabajo⁵⁶.

3.2. EL IMPACTO ECONÓMICO DEL ABSENTISMO LABORAL

3.2.1. El absentismo laboral en España en cifras

Es incuestionable la incidencia del absentismo laboral sobre la productividad y competitividad empresarial⁵⁷. Por esta razón, parece interesante dedicar un apartado del presente trabajo analizar impacto económico del absentismo laboral en España.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*, pág 85.

⁵⁷ Romero Burillo, A., y Moreno Gené, J. (2013). *La gestión del absentismo laboral : impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral* . Tirant lo Blanch, pág.19.

Para realizar un correcto estudio del impacto económico de este fenómeno, conviene acudir a cifras objetivas y variaciones estadísticas. Es preciso señalar que no existen estadísticas oficiales a día de hoy, lo cual añade cierta dificultad. Sin embargo, se puede acudir a otras fuentes complementarias, principalmente a los datos proporcionados por el INE a través de su Encuesta Trimestral de Coste Laboral⁵⁸ (en adelante, ETCL)⁵⁹.

Se considera oportuno acudir a la tasa de absentismo⁶⁰, indicador que parece constituirse como una herramienta óptima para el estudio de este fenómeno. Este indicador consta de dos variables: las horas no trabajadas por absentismo, y las horas pactadas efectivas. Se ha observado que las horas no trabajadas por absentismo siguen un patrón ligado al nivel de actividad económica. De esta manera, en épocas de bonanza económica, se espera que estas aumenten. Así, en el periodo temporal que transcurre desde el año 2000 hasta el 2009, crecen de forma constante, pasando de 65 a 88 horas no trabajadas por cada individuo al año. De forma opuesta, al llegar la crisis económica, las horas no trabajadas descienden, reduciéndose hasta 75 en el año 2013. En dicho año, la economía comienza a recuperarse, lo que se plasma en un nuevo incremento de las horas no trabajadas, alcanzando en el año 2018 valores similares a los previos a la crisis económica. La evolución expuesta de las horas no trabajadas por absentismo se plasma, como es

⁵⁸ “La ECTL incluye entre sus resultados la “Desagregación del tiempo de trabajo” en términos de horas mensuales por trabajador. Esos datos se ofrecen para un agregado que comprende casi el total de la economía nacional: industria (que incluye los sectores de las manufacturas, la minería y la energía), construcción y servicios (de los que solo se excluyen el servicio doméstico y la actividad de organizaciones y organismos extraterritoriales, como por ejemplo son las embajadas y las delegaciones de la Unión Europea). Es decir que la información de la ETCL comprende el conjunto de la economía nacional con excepción del sector primario (agricultura, ganadería y pesca) y una fracción marginal de los servicios”. Adecco (2019): VIII Informe sobre absentismo, The Adecco Group Institute.

⁵⁹ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): “El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit., pág. 30.

⁶⁰ La tasa de absentismo se obtiene del cociente entre las horas no trabajadas por causas ocasionales, excluyendo ERTes, vacaciones y festivos, y las horas pactadas efectivas. Esta definición es la propuesta por Adecco en la elaboración de sus Informes anuales sobre Absentismo.

lógico, en la mencionada tasa de absentismo, que sigue un progreso similar durante ese periodo temporal, aunque sus variaciones resultan amortiguadas al estabilizarse las horas pactadas efectivas. Teniendo esto presente, se observa también un aumento prácticamente constante en la tasa de absentismo hasta el año 2009, tras el cual comienza a descender, aunque de forma menos brusca que las horas no trabajadas. Se observa un crecimiento persistente de la tasa desde el año 2014, debido, como ya se ha señalado, a la paulatina recuperación de la economía española, llegando en el 2018 a un nuevo máximo, 5,3% ⁶¹ (vid. tabla 2 e ilustración 1). Esta misma tendencia se observa con respecto al número de bajas laborales totales en términos absolutos, las cuales, aunque con pequeñas fluctuaciones, disminuyen en el periodo de tiempo correspondiente a la crisis económica (desde el 2008 hasta el 2013) y comienzan a aumentar de forma progresiva a partir del año 2014 (vid. tabla 3).

Se pueden considerar dos categorías dentro de las horas no trabajadas por absentismo: las perdidas por Incapacidad temporal (en adelante, IT) y las no trabajadas por otros motivos. Estas dos categorías, muestran un comportamiento diferente. Mientras que las debidas a IT varían acorde al ciclo económico, las horas perdidas por otras razones, no sufren grandes variaciones. Se puede interpretar este hecho razonando que en los momentos en los que aumenta el empleo, el trabajador no teme perder su puesto, por lo que se da una tendencia hacia una mayor autoindulgencia, lo cual explicaría el aumento de bajas por IT. En sentido contrario, en épocas de crisis el trabajador acudiría más a su puesto de trabajo, incluso en caso de enfermedad leve⁶² (vid. Ilustración 3).

Se puede concluir a este respecto que queda patente que el absentismo laboral es un fenómeno de importante arraigo en España, y constituye un problema que requiere herramientas óptimas para solventarlo.

⁶¹ Adecco (2019): VIII Informe sobre absentismo, *The Adecco Group Institute*, pág. 48.

⁶² *Ibidem*.

3.2.2. Costes del absentismo para la empresa y la sociedad

El absentismo, y en concreto el relacionado con los procesos de IT afecta a trabajadores, a las empresas, y a la sociedad en general⁶³.

En lo que respecta a la empresa, esta experimenta una pérdida de productividad, y se genera una incidencia en los costes laborales. Se pueden señalar una serie de costes cuantificables que la empresa debe soportar: el importe de los seguros sociales correspondientes a los días de baja; la cuota de accidentes de trabajo y de contingencia comunes correspondientes a los días de baja; en caso de accidente de trabajo, el salario del día del accidente; complemento hasta el 100% del salario, en su caso; la sustitución del trabajador en situación de IT, que puede conllevar una pérdida de productividad y costes adicionales de su periodo de aprendizaje; el posible menor rendimiento del trabajador en su reincorporación; deterioro del clima organizacional, etc. Además, el absentismo laboral en la empresa puede acarrear otros efectos indeseables, como puede ser el impacto negativo en los servicios finales al cliente, la no atracción de la inversión, o el empobrecimiento de la cultura de la empresa, pudiendo generar un “efecto contagio”⁶⁴.

Por su parte, el Sistema de Seguridad Social y el Servicio Público de Salud también sufre efectos negativos del absentismo, concretamente de los procesos de IT. El Sistema de Seguridad Social genera un importante coste con el objetivo de hacer frente a la carencia de rentas de los trabajadores que sufren una IT. Consecuentemente, el uso indebido de esta prestación hace que la mejora, o incluso el mantenimiento de dichas prestaciones devenga insostenible. En lo respectivo al Servicio Público de Salud, el absentismo laboral derivado de contingencias comunes provoca un retraso innecesario en listas de espera, lo cual ralentiza el sistema⁶⁵.

⁶³ Romero Burillo, A., y Moreno Gené, J. (2013). *La gestión del absentismo laboral...op.cit.*, pág. 40

⁶⁴ Romero Burillo, A., y Moreno Gené, J. (2013). *La gestión del absentismo laboral...op.cit.*, pág. 42.

⁶⁵ *Ibidem*, pág.43.

Existen numerosos estudios que sostienen que cuando las cifras de absentismo exceden los límites de un fenómeno residual, pasa a ser un serio problema para la productividad, y como resultado, uno de los mayores obstáculos que se deben superar para mejorar la competitividad del mercado de trabajo español. Se ha de tener en cuenta que el absentismo es un fenómeno complejo, de naturaleza cambiante e inevitable. Es común en todas las empresas y economías, y tal y como se ha señalado, puede tener repercusiones en la productividad. Por tanto, parece razonable concluir que deben existir mecanismos para reducir los niveles de absentismo de las empresas⁶⁶. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 52.d) del ET constituía una herramienta que perseguía dicha finalidad. Siguiendo este hilo, el siguiente epígrafe se van a poner de relieve los motivos que el legislador ha tenido en consideración para derogar la extinción objetiva del contrato de trabajo por absentismo laboral.

3.3. EL ABSENTISMO LABORAL ESTUDIADO DESDE LA ÓPTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL: APROXIMACIÓN INTERNACIONAL Y REGULACIÓN ESPAÑOLA.

3.3.1. Definición de la OIT

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo el ausentismo⁶⁷ laboral es *“la práctica de un trabajador que consiste en no reportarse al trabajo por un período de uno o más días (o turnos) para desempeñar el trabajo que se le asignó o para el que fue programado”* ⁶⁸. Sin embargo, se ha de señalar que no existe norma legal alguna que aborde esta institución.

⁶⁶ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): *“El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.,* pág. 38.

⁶⁷ Esta forma, derivada del adjetivo *ausente*, es la usada con preferencia en el español americano, el cual es utilizado por la OIT. En España, en cambio, se emplea mayoritariamente la voz *absentismo*, formada sobre el adjetivo latino *absens*, *-entis*. Disponible en: <https://www.rae.es/dpd/ausentismo> [consulta: 6/2020]

⁶⁸ Definición de ausentismo según el Tesoro de la OIT. Disponible en <https://metadata.ilo.org/thesaurus/200802378.html> [consulta: 6/2020]

Algunos autores como Porret Gelaber⁶⁹ hacen referencia a la definición proporcionada por la OIT concibiendo el absentismo laboral como “*la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba que iba a asistir, quedando excluidos los períodos vacacionales y las huelgas; y el ausentismo laboral de causa médica, como el período de baja laboral atribuible a una incapacidad del individuo, excepción hecha para la derivada del embarazo normal o prisión*”. Se observa que se incluyen, con el propósito de establecer un concepto legal más completo, supuestos de exclusión para el cómputo de las ausencias. De esta forma, se excluyen explícitamente de la noción de absentismo las vacaciones, entendidas como el derecho imperativo de disfrute obligatorio, y la huelga, concebida como derecho fundamental, excepcionando en este sentido la llamada huelga salvaje⁷⁰. Asimismo, se consideran excluidas las ausencias relacionadas con causas médicas, añadiendo a título de ejemplo la baja laboral atribuible a una incapacidad. En último lugar se menciona el embarazo y la prisión (situación de privación de libertad). En cuanto al embarazo, teniendo en cuenta los sucesivos cambios a los que ya se ha hecho referencia en el apartado relativo a la evolución normativa del absentismo laboral como causa de despido objetivo en el ordenamiento jurídico español, resulta oportuno considerar que desde la perspectiva internacional se suponen incluidos dentro de esta excepción no solo las faltas derivadas del embarazo en sí, sino que también las derivadas de

⁶⁹ Porret Gelabert, M. (2012): El absentismo laboral en la empresa privada española, *Revista técnico laboral*, Vol. 34, Nº. 131, 2012, págs. 5-81, pág.3.

⁷⁰ La huelga salvaje es aquella que se produce espontáneamente en el lugar y durante el tiempo de trabajo sin haber sido previamente acordada. En la mayor parte de los países es ilegal, y como tal es sancionada según Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) El absentismo laboral como causa del despido objetivo..., op.cit. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 11 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. señala cuatro supuestos en los que la huelga ha de ser considerada ilegal: “a) *Cuando se inicie o se sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados*) *Cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan.* c) *Cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un Convenio Colectivo o lo establecido por laudo.* d) *Cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos.*”

la lactancia y del parto. En lo respectivo a la mención de la prisión, se entiende que se centra en los supuestos de privación de libertad que implican la suspensión del contrato de trabajo, dado que la prisión, si es permanente, daría lugar a la extinción de la relación laboral⁷¹.

El aspecto que puede resultar más significativo en el contexto internacional es que, aunque contamos con definiciones proporcionadas por la OIT, el concepto de absentismo carece de regulación normativa, y como consecuencia no se dispone de un estándar básico a nivel internacional⁷².

3.3.2. El absentismo laboral y el Derecho comunitario

Al igual que señalábamos en el apartado anterior, tampoco encontramos norma europea alguna que defina expresamente absentismo. A pesar de que existen referencias al término absentismo en preceptos de determinadas normas de Derecho comunitario⁷³, tampoco se dispone de una regulación de esta institución. Por esta razón se considera oportuno acudir a la jurisprudencia del TJUE, y, a través de su interpretación de dicho término, obtener más referencias del concepto de absentismo en Derecho comunitario⁷⁴. A lo largo del presente trabajo se van a traer a colación algunas de estas sentencias del TJUE.

A pesar de la falta de regulación específica, la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Trabajo (EUROFOUND) establece como

⁷¹ Gómez Salado, M. Á. & Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, pág. 16.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Artículos 30 y 31 del Reglamento núm. 1860/76 del Consejo, de 29 de junio de 1976, por el que se establece el régimen aplicable al personal de la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de Trabajo.

⁷⁴ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo... op.cit.*, pág. 17

definición generalmente aceptada la no asistencia al puesto de trabajo cuando estaba prevista, excluyéndose vacaciones y otras licencias⁷⁵.

Se puede hacer referencia igualmente a la Carta Social Europea⁷⁶, la cual consagra el derecho de las personas trabajadoras a ser protegidas ante el eventual despido señalando que debe existir justa causa para proceder a la extinción de la relación laboral. Su artículo 24.3 establece que no constituye justa causa “*la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente*”, pero, por otra parte, el CEDS, interpretando dicho precepto, ha señalado que en el supuesto de que la ausencia interrumpa gravemente el funcionamiento de la empresa, podrá constituir causa de despido⁷⁷.

Por lo tanto, se puede concluir que en el ámbito de la UE el concepto de absentismo es similar al señalado por el ordenamiento jurídico español. Se parte de la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y los de la empresa, considerando por una parte la totalidad de las ausencias producidas, que tienen efectos negativos en el normal funcionamiento de la empresa, y por otra, excluyendo aquellas que respondan a ciertos motivos y que, de no hacerlo, se podría incurrir en la vulneración de los derechos del trabajador.

3.3.3. Un ejemplo de Derecho comparado: el concepto de absentismo en Portugal

Dentro la Unión Europea, cada Estado miembro regula el absentismo con sus peculiaridades. Sin embargo, no es común encontrar en los ordenamientos laborales de los países de nuestro entorno una delimitación del concepto legal de absentismo.

⁷⁵ Edwards, P. y Greasley, K. (2010): “Absence from work”. *EurWORK*, Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2010/absence-from-work> [consulta 6/2020].

⁷⁶ Carta Social Europea revisada de 03/05/1996: firmada el 23/10/00 por España, pero no ratificada.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social. Sección 1º), de 17 de enero de 2020. Núm. de Recurso 5532/2019, FD 2. ECLI: ES:TSJCAT:2020:1

Como excepción, Portugal en el artículo 248 de su Código de Trabajo, sí que establece una noción de absentismo, estableciendo que es la ausencia del trabajador del lugar en que debía desempeñar su actividad durante el periodo normal de trabajo diario⁷⁸.

Por su parte, aunque el resto de los países de la Unión Europea no dispongan en su marco jurídico laboral una definición de este concepto, no son ajenos al mismo, y disponen de referencias a esta institución a lo largo de su normativa. Es el caso de España, el cual se va a tratar a continuación.

3.3.4. Regulación en el ordenamiento jurídico español: ET y negociación colectiva

Confirmando la tendencia del contexto internacional, en el ordenamiento jurídico español tampoco encontramos ninguna norma que se dedique a definir este concepto de manera exhaustiva. Es más, la doctrina científica ha apuntado que el absentismo carece un tratamiento integral en nuestra legislación laboral y de Seguridad Social, lo cual puede considerarse como una de las causas que incrementan la problemática y controversia que existe alrededor de este fenómeno⁷⁹.

Si bien es cierto que el ET no ofrece ninguna definición de lo que ha de entenderse por absentismo, sí que contiene algunos preceptos que se refieren a la falta de asistencia del trabajador. Por una parte, se puede señalar el artículo 54.2.a) del ET, que recoge como causa de despido disciplinario las faltas de asistencia o puntualidad del trabajador de carácter repetido e injustificado. Por otra, y hasta su reciente derogación, el artículo 52.d) que establecía las faltas asistenciales como causa de despido objetivo⁸⁰. De ambos

⁷⁸ Traducción del artículo 248 del Código de Trabajo de Portugal realizada por Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...* *op.cit.*, pág. 18.

⁷⁹ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...* *op.cit.*, citando a LUJÁN ALCARAZ, J.: "Absentismo", *Revista Aranzadi Social*, núm. 7.2008, pág 2.

⁸⁰Poquet Catalá, R. (2012): "La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012", *Actualidad laboral*, Nº 11, pág.2.

preceptos se desprenden connotaciones negativas de las ausencias por parte del legislador español, ya que en ambos supuestos se establece una herramienta, que, con base a esta ausencia del trabajador, sirve para extinguir la relación laboral.

Aunque el ordenamiento jurídico español materializaba los efectos de las ausencias del trabajador a través de estos dos instrumentos (despido disciplinario y despido objetivo), se trata de dos figuras que no se deben confundir. De forma simplificada, se puede decir que mientras que las causas del despido disciplinario se basan en un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador, el despido objetivo, como su nombre indica, se ve motivado por presupuestos objetivos. Por consiguiente, aunque ambos dan una solución ante el absentismo laboral, su razón de ser es muy distinta.

El tipo de absentismo que nos ocupa es el que se encuadraba dentro del despido objetivo. Por ello, conviene hacer referencia en estos momentos al marco jurídico en el que se encuadraba hasta su derogación. Como ya se ha mencionado, el ordenamiento jurídico español contempla la terminación de la relación laboral por voluntad del empresario en base a causas objetivas. La regulación de este supuesto se encuentra en los artículos 49.1.I), 52 y 53 del ET. El artículo 49.1.I recoge este tipo de despido, estableciendo que el contrato se extinguirá por “causas objetivas legalmente procedentes”. El ET desarrolla posteriormente su contenido en los mencionados artículos 52 y 53. Por una parte, el artículo 52 ET concreta, a través de una enumeración taxativa de causas, las situaciones en las que el empresario puede hacer uso de este recurso. El artículo 53 ET se encarga por su parte de regular la forma y los efectos de esta modalidad extintiva. Conviene recalcar que atender a causas objetivas para efectuar la extinción del contrato laboral excluye la existencia de incumplimientos imputables al trabajador en el desarrollo de sus funciones. Al contrario, se trata de una medida legal a través de la que el legislador habilita al empresario a extinguir de forma unilateral la relación laboral ante la presencia de una situación que incide objetivamente de manera negativa en la empresa. De esta forma, el ET prevé una serie de supuestos en los que considera que no se le puede exigir al empresario mantener al trabajador. Aunque el ET lo denomina extinción de la relación laboral, constituye materialmente un despido.

El precedente inmediato de esta figura lo hallamos en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (artículos 39 a 44 del ET), donde bajo la rúbrica “Despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades del funcionamiento de la empresa” apuntaba una serie de causas que, en lo principal, como ya se ha visto en el apartado 2.1 del presente trabajo, se preservaron en la redacción del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Dichas causas se pueden dividir en dos bloques: las que tienen que ver con la capacidad del trabajador (ineptitud, falta de adaptación y absentismo) y otras que tienen que ver con el funcionamiento de la empresa (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, problemas financieros)⁸¹.

Teniendo en consideración lo expuesto, se puede defender en la extinción objetiva de la relación laboral basada en el absentismo no nos encontramos ante una concreción singular del poder sancionador del empresario. Precisamente esto es lo que tiene en común con el resto de las causas que recoge el artículo 52 del ET, ya que la comisión uno de los supuestos permisivos de la extinción no presupone culpabilidad alguna del trabajador. En otras palabras, todas las causas previstas en el artículo 52 del ET constituyen una particular determinación de la resolución de una relación laboral como consecuencia de la excesiva onerosidad sobrevenida que puede suponer para el empleador que subsista dicho vínculo laboral, de forma que lo que se pretende es descargar al empresario del gravamen que le supone mantener a un trabajador en esas circunstancias concretas⁸². Este concepto de onerosidad sobrevenida se encuentra de fondo en todas las causas de extinción objetiva. En el caso particular que recogía el 52.d) del ET, esta excesiva onerosidad viene provocada por las faltas de asistencia intermitentes del trabajador, justificadas o no, ya que afectan al normal funcionamiento de la empresa. El legislador español, lo que pretendía con esta figura era evitar la excesiva morbilidad de los trabajadores, facultando al empresario para responder ante

⁸¹ Sala Franco, T. & Goerlich Peset, J. M. (2016) *Comentarios al Estatuto de los trabajadores libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁸² Poquet Catalá, R. (2012): “La configuración del absentismo laboral ...op.cit., pág 4.

situaciones en las que se producen determinados incumplimientos del trabajador que, aunque no culpables, perturban la marcha de la empresa⁸³.

Por consiguiente, se puede interpretar que el absentismo laboral en España, como concepto legal, no se reduce a la falta de presencia de un individuo a su puesto de trabajo, sino que se puede precisar más el concepto señalando que estamos ante cualquier tipo de ausencia, justificada o injustificada. Además, se deben tener en cuenta los artículos 37 y 38 del ET referidos a los permisos y licencias, y a las vacaciones anuales retribuidas respectivamente, ya que, aunque al margen, perfilan el concepto legal de absentismo al permitir estas ausencias. Por tanto, las ausencias deben suceder durante un día laborable y siempre dentro de la jornada legal de trabajo⁸⁴. Se debe señalar también que, en el supuesto de que el trabajador cuente con una justificación suficiente desde el punto de vista formal sobre su ausencia, la reacción empresarial obstativa al mantenimiento de la relación laboral solamente puede aplicarse cuando la inasistencia se revista de cierta entidad y produzca por su repetición e intensidad efectos perjudiciales para la empresa, de ahí la observancia de los umbrales numéricos y temporales que recogía el artículo 52.d) del ET⁸⁵.

Como se ha comentado al principio de este subepígrafe, el ordenamiento laboral español carece de un tratamiento integral del concepto de absentismo. Por eso, la negociación colectiva ha ido introduciendo de forma progresiva referencias concretas sobre el mismo. Las líneas de actuación de los convenios colectivos que abordan el tema van encaminadas a la minoración del absentismo laboral, considerándolo desde una percepción muy negativa como uno de los principales factores que inciden sobre la productividad de la empresa. Se puede hacer mención de una cláusula genérica conocida como “corrección del absentismo” y que numerosos convenios colectivos

⁸³ Alzaga Ruiz, I. (2011): “El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, ISSN 0212-6095, Nº150, págs. 387-420.

⁸⁴ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...op.cit.*, pág. 25.

⁸⁵ Poquet Catalá, R. (2012): “La configuración del absentismo laboral ...op.cit.”, pág. 1284.

contemplan⁸⁶. Cobran especial relevancia en este ámbito los convenios colectivos de empresa, ya que perciben la problemática derivada del absentismo como algo que les afecta directamente, por lo que nos encontramos con varios convenios colectivos de empresa, sobre todo los de ámbito estatal, que establecen una regulación específica y concreta que pretende evitar el absentismo laboral aportando soluciones diferentes a la extinción objetiva de la relación laboral⁸⁷.

Por otra parte, existen algunos convenios colectivos que dan un paso más y establecen un concepto de absentismo, definiéndolo como *“la no presencia del trabajador en el puesto de trabajo”*, añadiendo que *“no serán computables a efecto de tal cuantificación las siguientes ausencias, previa y debidamente justificadas, dentro de lo establecido legalmente, en los siguientes casos: matrimonio; nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad; traslado de domicilio habitual; por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público y personal; realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos, legal o convencionalmente; las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses; las ausencias derivadas de hospitalización; las ausencias derivadas de accidente laboral; las ausencias ocasionadas por la suspensión de las*

⁸⁶ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...op.cit.*, pág. 27.

⁸⁷ Se puede mencionar el Convenio Colectivo Renault España, SA (publicado en «BOE» núm. 234, de 28 de septiembre de 2016), el cual en su artículo 57 recoge un sistema de penalización por faltas de asistencia o de puntualidad estableciendo lo siguiente: *“Los días de ausencia al trabajo y los retrasos en la hora de entrada que no sean debidamente justificados se penalizarán con un importe igual al de la percepción primaria correspondiente al tiempo de ausencia o de retraso”*. Adicionalmente, recoge en su artículo 58 la posibilidad de acudir, en lugar de a lo dispuesto en el artículo 57 que acabamos de mencionar, al régimen de sanciones en aquellos casos en que *“por la importancia, trascendencia o número de ausencias o de retrasos estas faltas puedan ser consideradas como graves o muy graves”*. Si acudimos a lo dispuesto en cuanto a las faltas y sanciones (artículo 55 de dicho convenio colectivo), establece que por faltas graves es posible suspender de empleo y sueldo de 2 a 20 días, y por faltas muy graves suspensión de empleo y sueldo entre 21 y 60 días, o la inhabilitación por un periodo inferior a 5 años para ascender de categoría.

*actividades en caso de riesgo de accidente, cuando así se decreta por la autoridad laboral o lo decida el propio empresario, sea o no a instancia de los representantes legales de los trabajadores; los permisos por maternidad de la trabajadora; y los supuestos de suspensión de contrato de trabajo por causas legalmente establecidas*⁸⁸. Se puede observar que los convenios colectivos, en su intento de establecer un concepto legal de absentismo laboral, terminan instituyendo una enumeración de ausencias que se excluyen del cómputo, considerado esas circunstancias fuera de los límites de este concepto. Como se verá después, el artículo 52.d) del ET recogía igualmente un listado de excepciones, y lo que hace la negociación colectiva es plasmarlas en sus convenios, a la vez que establecer alguna que otra mejora. Se puede señalar también que estas exclusiones van encaminadas en su totalidad a proteger los derechos del trabajador.

4. LAS FALTAS DE ASISTENCIA: CONTROVERSIAS JUDICIALES.

4.1. CARÁCTER DE LAS FALTAS

A continuación, se va a hacer referencia al concepto de las faltas de asistencia partiendo de la base de la última redacción que estuvo vigente de la letra d) del artículo 52 del ET.

El párrafo primero del mencionado precepto reflejaba la objetivización de las causas que habilitaban al empresario a extinguir la relación laboral como consecuencia de las ausencias al puesto de trabajo⁸⁹. Lo hacía, al igual que en

⁸⁸ Artículo 9 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para la fabricación de helados (BOE núm. 104, de 30 de abril de 2008); artículo 16 del Convenio Colectivo del sector para la industria del metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias núm.2 del 3 de enero de 2019); artículo 14 del Convenio Colectivo del sector montajes y empresas auxiliares del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias núm. 224, de 26 de septiembre de 2016); artículo 23 del Convenio Colectivo del sector de talleres y reparación de vehículos de Navarra (BO de Navarra núm. 119, de 21 de junio de 2016 y el artículo 7 del Convenio Colectivo del sector del comercio del metal de Zaragoza (BO de Zaragoza núm. 202, de 3 de septiembre de 2010. Consultado en: Gómez Salado, M. Á. & Vila Tierno, F. A. (2019): *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...*op.cit., pág. 27.

⁸⁹ Díaz de Atauri, P.G (2020) "El despido por faltas intermitentes..."op.cit.

las redacciones anteriores, revistiendo a tales faltas de asistencia de un carácter intermitente y aclarando que se incluían dentro del ámbito de aplicación del precepto las faltas justificadas. Por otra parte, establecía parámetros temporales y cuantitativos en lo que respecta al cómputo y en relación con la jornada hábil. Por lo tanto, se deduce que, para la aplicación de esta causa, las faltas debían ser intermitentes, sin importar que fueran justificadas o no, y debían circunscribirse dentro de la horquilla temporal y cuantitativa que establecía el artículo.

El carácter intermitente de las faltas de asistencia al puesto de trabajo parece constituirse como uno de los elementos esenciales que habilitaba la aplicación del artículo 52.d) del ET. El supuesto que contemplaba este artículo se refería exclusivamente a aquel en el que se producen ausencias laborales frecuentes, de breve duración, y mediando entre una y otra lapsos temporales reducidos. El Tribunal Supremo en su STS del 31 de enero de 2008, hace referencia a la dinámica inasistencia-incorporación, inasistencia-incorporación (sic) con el propósito de esclarecer el concepto de intermitencia en sentido laboral⁹⁰. La exigencia de que las faltas sean intermitentes refuerza la tesis de que la intención del legislador al regular esta causa de extinción objetiva perseguía proteger al empresario de la excesiva morbilidad del trabajador, así como de soportar onerosidad sobrevenida, la cual puede mermar la productividad empresarial, pues parece razonable pensar que es la interrupción constante y prolongada en el tiempo lo que resulta especialmente nocivo desde la perspectiva empresarial y no la ausencia en sí misma. Es decir, parar constantemente una actividad económica es esencialmente la cuestión que más podría dañar a la productividad o rentabilidad de una empresa, ya que, ante ausencias prolongadas en el tiempo, y, por tanto, no intermitentes, el empresario tiene cierto margen de maniobra para idear una solución y sostenerla en el tiempo mientras dure la ausencia de media o larga duración.

Sin embargo, la jurisprudencia no siempre se ha manifestado de acuerdo con lo establecido en el párrafo previo. La problemática surgía ante la doble

⁹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Nº de Recurso. 746/2008 del 31 de enero de 2008. ECLI: ES:TS:2008:746.

posibilidad de cómputo que establecía el artículo 52.d) del ET y que posteriormente se analizará en mayor profundidad: el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% de estas en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. La STS de 7 de mayo de 2015⁹¹, por ejemplo, estima que en el caso de que nos encontrásemos el segundo umbral mencionado, la intermitencia no es entonces exigible, haciendo una interpretación literal del precepto y afirmando que éste no hace referencia alguna al carácter intermitente en lo que respecta al segundo modo de cómputo.

Además del carácter intermitente, se debe tener en cuenta que el artículo 52.d) del ET señalaba la inclusión de las faltas de asistencia justificadas en el cómputo de las ausencias. Ante esto, parece desprenderse del precepto que puede computarse cualquier día en el que, por cualquier motivo, aunque sea legítimo, el trabajador no se presente en su puesto de trabajo⁹². Precisamente esta referencia a la inclusión en el cómputo de las faltas justificadas es uno de los elementos de esta causa de extinción que más controversias ha planteado, haciendo así que la sociedad en su conjunto, e incluso de parte de la doctrina laboral, no apreciase con simpatía esta tipología de despido objetivo. Sin embargo, se debe señalar que hay una serie de supuestos que se apartan de este criterio general, constituyéndose, así como excepciones y que no podían ser tenidas en cuenta en cuanto al cómputo para alcanzar los umbrales numéricos que el artículo exigía para la aplicación de esta causa. A estos supuestos excluidos del cómputo se hará referencia posteriormente.

Por el contrario, una vez establecido que las faltas de asistencia justificadas debían tenerse en cuenta para la aplicación de esta causa extintiva, cabe plantearse cual es el tratamiento de aquellas ausencias que no se justifiquen, pues respecto a estas, la causa de extinción objetiva que estamos tratando podía colisionar con otra figura, el despido disciplinario. El tenor literal del precepto lleva a la conclusión de que las ausencias injustificadas también

⁹¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Nº de Recurso 1000/2014, del 7 de mayo de 2015. ECLI: ES:TS:2015:2359

⁹² Díaz de Atauri, P.G (2020) "El despido por faltas intermitentes...op.cit.

debían ser incluidas⁹³. En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia. Se puede hacer mención de la STSJ de Madrid (252/2016)⁹⁴, la cual afirma que tanto las faltas justificadas como las injustificadas que no lleven a la aplicación del despido disciplinario, pueden sumarse a efectos de alcanzar los umbrales requeridos para la aplicación del artículo 52.d) del ET, pues así se desprende de su interpretación literal.

Sin embargo, hay que apuntar que las faltas injustificadas también pueden suponer sanciones disciplinarias distintas al despido. Parece que las ausencias injustificadas que ya han sido castigadas a través de otro tipo de sanciones disciplinarias no deben incluirse en el cómputo, pues, de lo contrario, podría considerarse que se incurre en una vulneración del principio *non bis in idem*. Así se desprende de la STSJ de Madrid (167/2016) cuando afirma que “*No parece puedan incluirse en el cómputo las que previamente han sido tenidas en cuenta para aplicar una sanción al trabajador, ni tampoco las que han prescrito, ya que, de lo contrario, estaríamos sancionando dos veces una misma conducta*”⁹⁵. Sin embargo, algunos autores apuntan que compartir esta tesis implica atribuir naturaleza sancionadora a esta causa de extinción objetiva, lo cual choca con el fundamento del despido objetivo. Si no se otorga naturaleza sancionadora al extinto 52.d) del ET, cabe considerar compatibles las ausencias injustificadas que hayan supuesto la imposición de una sanción disciplinaria con el resto de las faltas de asistencia que se deban tener en cuenta para el alcance de los umbrales establecidos⁹⁶.

Siguiendo esta línea, parece más oportuno desechar la teoría de que esta causa era de naturaleza sancionadora, ya que como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, se encuadraba dentro de los supuestos de despido objetivo. Es decir, era una forma de extinción del contrato que habilitaba al empresario a prescindir de aquellos trabajadores que no le resultan adecuados

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1^o) del 10 de junio de 2016. Rec. 252/2016. ECLI: ES:TSJM:2016:7335

⁹⁵ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1^o) del 22 de abril de 2016. Rec. 167/2016 (FD 4).

⁹⁶ Díaz de Atauri, P.G (2020) “El despido por faltas intermitentes...op.cit, pág. 2.

desde una perspectiva estrictamente de eficacia o rentabilidad empresarial. Por consiguiente, no es exigible para la aplicación de esta causa que nos encontremos, detrás de las faltas asistenciales, un incumplimiento culpable y voluntario del trabajador. Es más, precisamente por este comportamiento no culpable, el trabajador que ve resuelto su contrato laboral con base a esta causa disponía de una indemnización tasada⁹⁷, al contrario de lo que ocurre cuando se utiliza el despido disciplinario en el que, debido a la culpabilidad del trabajador, no se establece indemnización alguna.

Cabe plantearse entonces por qué el legislador decidió que computaran ambos tipos de ausencias, tanto las justificadas, ante las que no hay duda de que encajarían dentro de la extinción objetiva, y las injustificadas, las cuales se enmarcarían en el ámbito del despido disciplinario al presuponer que no existe causa legítima que las justifique. Se señala que la no observancia del carácter acumulativo de ambos tipos de faltas desembocaría en una situación poco razonable, de forma que *“despedir a un trabajador que acumula un determinado número de faltas justificadas de asistencia al trabajo y no aplicar el mismo criterio a quien acumula ausencias de este tipo y además otras que ni siquiera se ha molestado en justificar”*⁹⁸ no sería sensato. Asimismo, la asimilación de faltas justificadas y no justificadas también se puede explicar desde la perspectiva de que, en muchas ocasiones, existe gran dificultad en comprobar la veracidad de la justificación alegada⁹⁹.

⁹⁷ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...op.cit.*, pág. 53.

⁹⁸ Alzaga Ruiz, I. *“El absentismo del trabajador ...op.cit.*, citando a RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: “La extinción por causas objetivas”, pág. 249.

⁹⁹ Alzaga Ruiz, I. (2011): “El absentismo del trabajador ...op.cit.

4.2. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL CÓMPUTO

4.2.1. Plazos de referencia

En la última redacción vigente, el legislador establecía dos posibilidades de cómputo, de forma que se habilitaba al empresario a optar por cualquiera de ellas en función de las circunstancias de cada caso¹⁰⁰.

La primera de las opciones contempladas exigía la acumulación de dos requisitos. Por un lado, las faltas de asistencia, aún justificadas pero intermitentes, debían alcanzar el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos. Por otro, además de cumplirse el requisito anterior, el total de faltas de asistencia relativo a los doce meses anteriores debía alcanzar el 5% de las jornadas hábiles.

La segunda posibilidad que contemplaba el artículo 52.d) del ET establecía un único requisito: que las ausencias alcanzasen el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

Se puede observar que ambas opciones de cómputo hacen referencia a la jornada hábil. Por lo tanto, parece necesario aludir primero a qué debemos entender por jornada hábil dado que ésta se tomaba como referencia para la determinación de del umbral numérico requerido para aplicar esta causa de extinción objetiva. La STSJ de Cataluña del 20 de febrero de 2018 nos proporciona un concepto, señalando que *“son jornadas hábiles todas aquellas que han de ser legalmente trabajadas porque caen dentro del concepto de jornada establecida en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, jornada determinada descontando los domingos y festivos que resulten de aplicación en el sector dentro de los meses tomados en consideración por la empresa para el despido objetivo. Ha de tenerse en cuenta que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, conforme al artículo 34.1 ET, y que esta jornada podrá ser disminuida en los convenios colectivos o contratos de trabajo, conforme al mismo párrafo. No obstante, conforme al número dos, mediante*

¹⁰⁰ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...*op.cit., pág. 84.

*convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo*¹⁰¹. De forma más simplificada, se puede decir que entendemos por jornada hábil los días totales del periodo en los que el trabajador tiene el deber de acudir al trabajo. Por lo tanto, solo con respecto a estos días se puede producir la ausencia¹⁰².

Una vez se tiene claro el concepto de jornada hábil, podemos volver a los plazos de referencia que establecía el artículo 52.d) del ET. Pues bien, ambas opciones tienen en común que los porcentajes que se establecen para cada una se circunscriben en un periodo de doce meses. Sin embargo, se diferencian en que mientras que un supuesto exigía un porcentaje de ausencias del 25% en cuatro meses discontinuos, el otro requería el 20% de ausencias en dos meses consecutivos. Además, en este último caso se exigía, como mínimo, el 5% de ausencias en los doce meses anteriores. Teniendo esto presente, cabe plantearse cómo se realizaba el cómputo de estos periodos temporales, aclarando así si el precepto se refería a meses naturales, meses computados de fecha a fecha, o a periodos de treinta días. La STS de 9 de diciembre de 2010¹⁰³ interpreta el precepto desde una óptica finalista considerando que, dado que el artículo 52.d) del ET pretendía otorgar a la empresa una herramienta para paliar el absentismo, el cómputo de los meses de fecha a fecha facilitaba la operatividad de la causa extintiva. En el supuesto de que se aceptase la interpretación de meses naturales, la eficacia de este instrumento se habría visto afectada, pues podrían quedar fuera determinados días de ausencia cuando se produzcan en los días finales del mes y continúe

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1º) del 20 de febrero de 2018. Núm. de Recurso 72/2018 (FD 3). ECLI: ES:TSJCAT:2018:1805

¹⁰² Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...* op.cit., pág. 107 citando a González Ortega, S (1983): *Absentismo y despido del trabajador*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1º) del 9 de diciembre de 2010. Núm. de Recurso 842/2010, ECLI: ES:TS:2010:7470.

en los primeros del siguiente. Por otro lado, el TS se apoya a la vez en el artículo 5 del CC, el cual establece como regla general que “*si los plazos estuviesen fijados por meses o por años, se computarán de fecha a fecha*”. Se trata de una interpretación extensiva, pues mientras que el CC se refiere a plazos, definidos como un término o tiempo señalado para algo, el supuesto contenido en el artículo 52.d) del ET aludía a un período o intervalo en el que se tienen que producir ausencias para que se derive una consecuencia jurídica¹⁰⁴.

Esta interpretación fue mantenida hasta la derogación de la causa extintiva. La STS del 4 de febrero de 2019¹⁰⁵ insiste en que el cómputo del plazo de los meses debe ser de fecha a fecha y no por meses naturales. Dicha resolución, al igual que la mencionada en el párrafo anterior, se basa tanto en la finalidad perseguida por el precepto, como en lo dispuesto en el artículo 5 del CC. Por tanto, la presente sentencia, en conformidad con lo establecido en el artículo 1.6 del CC¹⁰⁶, crea jurisprudencia, ya que reitera lo dispuesto en la STS del 9 de diciembre de 2010. El caso concreto de la STS del 4 de febrero de 2019 se refiere al supuesto relativo a las ausencias sucedidas en cuatro meses discontinuos. Resulta interesante señalar en relación con esta resolución una cuestión interesante, y es que la sala determina además que es necesario que las ausencias se produzcan en cuatro meses discontinuos y no en un periodo inferior de tiempo aún cuando en dicho periodo se supere el porcentaje del 25% exigido¹⁰⁷. Se desprende así un intento de protección hacia el trabajador, reforzando a la vez la idea de que esta causa extintiva pretendía proteger al empresario frente a los casos que más perjuicios le pudiesen ocasionar, en los que la desmesurada morbilidad del empleado producida de forma intermitente

¹⁰⁴ Díaz de Atauri, P.G (2020) “El despido por faltas intermitentes...op.cit, pág.15.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1º) del 4 de febrero de 2019. Núm. de Recurso 1113/2017. ECLI: ES:TS:2019:469

¹⁰⁶ Dicho precepto dispone lo siguiente: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”.

¹⁰⁷ Cano Galán, Y. (2019): “Despido por causas objetivas por ausencias justificadas pero intermitentes: el cómputo del plazo de cuatro meses debe realizarse de fecha a fecha”. *Diario de La Ley, Nº9414, Sección de Comentarios de jurisprudencia, Wolters Kluwer*, pág 4.

le lleva a soportar una excesiva onerosidad sobrevenida. No considera por tanto el TS producida dicha excesiva onerosidad sobrevenida si los meses discontinuos en los que se producen las ausencias son un número inferior a cuatro. Por consiguiente, no resulta admisible entender cumplido el criterio que habilitaba la extinción en plazos distintos a los que establecía la norma¹⁰⁸.

Otra problemática en relación con el cómputo es la relativa al comienzo de los periodos. Cada uno de ellos, tanto el de dos meses consecutivos como el de cuatro meses discontinuos debía comenzar siempre con una ausencia del trabajador. El empresario no podía modificar de forma artificial los plazos para facilitar la extinción de la relación laboral, sino que su facultad se limitaba a escoger qué ausencia toma como referencia para computar el resto a partir de la misma¹⁰⁹.

Por último, cabe hacer referencia al periodo de doce meses en el que se circunscribían las ausencias. La STS 19 de marzo 2018 delimitó cómo debía interpretarse este período de doce meses al que hace referencia el art. 52.d) del ET, entendiendo que el *dies ad quem* para su cómputo es la fecha del despido, porque “es la que determina en todo caso la normativa de aplicación al mismo”¹¹⁰. Por lo tanto, existe un único período de doce meses, y dentro de este se computan las ausencias acontecidas durante dos meses consecutivos, o cuatro meses discontinuos en su caso. En otras palabras, a criterio del Alto Tribunal, la diferencia entre las dos opciones de cómputo radica exclusivamente en el volumen de ausencias requeridas, que difiere según se produzcan en meses discontinuos o consecutivos, pero no varían respecto a los meses totales de ausencias computables, que son doce en todo caso¹¹¹.

¹⁰⁸ Díaz de Atauri, P.G (2020) “El despido por faltas intermitentes...op.cit, pág.17.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social. Sección 1ª) del 19 de marzo de 2018. Núm. de Recurso 10/2016. ECLI: ES:TS:2018:1196. (FD 3)

¹¹¹ Moreno Gené, J. (2019): “El arco temporal del absentismo individual exigido por el artículo 52.d) ET y sus reglas de cómputo en la doctrina del Tribunal Supremo: Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero y 4 de febrero de 2019, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Nº 53, pág. 488.

En lo que se refiere al 5% adicional de la opción de computo del 20% de ausencias en dos meses consecutivos, el TS deshecha la interpretación que algunos TSJ habían hecho con anterioridad. Estos establecieron que la referencia para el 5% comenzaba justo antes de los dos meses consecutivos. Por el contrario, el TS señala en la sentencia mencionada que se ha de tomar la fecha de la extinción. Como consecuencia de esta interpretación, se deduce asimismo que ni los dos meses consecutivos ni los cuatro meses discontinuos debían coincidir necesariamente con la fecha de despido, sino que sería suficiente con que se enmarcasen en los doce meses anteriores a la decisión empresarial de extinguir la relación laboral¹¹².

La interpretación que hace la sala en la STS del 19 de marzo de 2018 es seguida por la STS de 11 de julio de 2018¹¹³, y posteriormente vuelve a ser tratada por la STS de 28 de enero de 2019¹¹⁴, abordando la misma problemática relativa al marco temporal en el que se debían computar las ausencias para la aplicación del artículo 52.d) del ET. Esta sentencia parte de la constatación de la dificultad en la interpretación del precepto y se acoge a la interpretación ya mencionada de la STS del 19 de marzo de 2018¹¹⁵. Siguiendo al TS, parece necesario que, para el correcto funcionamiento de esta causa de extinción objetiva, el legislador hubiese regulado de forma más completa el cómputo, o incluso estableciendo distintas formas o módulos temporales diferentes para las dos modalidades que se contemplaban para el despido objetivo por ausencias del trabajador¹¹⁶.

Resulta interesante poner de relieve que, cuestiones aparentemente sencillas y objetivas como puede constituir el cómputo de las ausencias a través de unos

¹¹² Díaz de Atauri, P.G (2020) "El despido por faltas intermitentes...op.cit, pág.17.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social. Sección 1^o) del 11 de julio de 2018. Núm. de Recurso 3756/2016. ECLI: ES:TS:2018:3205.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1^o) del 28 de enero de 2019. Núm. de Recurso 667/2017. ECLI: ES:TS:2019:422

¹¹⁵ Moreno i Gené, J. (2019): "El arco temporal del absentismo individual exigido por el artículo 52.d) ...op.cit., pág. 491.

¹¹⁶ Moreno Gené, J. (2019): "El arco temporal del absentismo individual exigido por el artículo 52.d) ...op.cit., pág. 491.

porcentajes, hayan provocado numerosos pronunciamientos judiciales, los cuales perseguían establecer criterios interpretativos acordes con el fin que pretendía la letra d) del artículo 52 del ET: el equilibrio entre la protección del trabajador y la libertad de empresa. El TS ha reflejado en sus sentencias que el precepto que estamos analizando es ciertamente oscuro¹¹⁷, pues el legislador no parece haber sido capaz de establecer reglas suficientemente claras en este primer párrafo relacionado con el cómputo, lo que ha desembocado en un uso deficiente por parte de los empresarios de esta causa extintiva. Consecuentemente, muchos despidos motivados en el absentismo del trabajador han resultado declarados improcedentes posteriormente como consecuencia de errores a la hora de aplicar los porcentajes y periodos que habilitaban esta causa. Se puede deducir que el origen de estos errores puede estar: o bien en la falta de comprensión del precepto por parte del empresario como consecuencia de la ausencia de claridad de este; o bien en un abuso del empresario, que, aprovechando la oscuridad de la norma, acude a esta causa extintiva aplicándola con artificios para extinguir un contrato de trabajo alegando una causa aparentemente objetiva y dentro de la legalidad.

4.2.2. Supuestos excluidos del cómputo

4.2.2.1. Cuestiones generales

Como ya hemos adelantado en reiteradas ocasiones, el segundo y tercer párrafo del extinto artículo 52.d) del ET tenía como cometido perfilar el ámbito de aplicación de este, estableciendo así un conjunto de ausencias no computables a efectos de los porcentajes previstos en el párrafo primero del precepto. Teniendo presente el aumento progresivo de la tipología de ausencias que no se podían tomar en consideración para extinguir la relación laboral a través de este instrumento y el carácter de las constantes adiciones a lo largo de las sucesivas reformas, se puede intuir que el legislador pretendía, a través de una ponderación entre el derecho de libertad de empresa y los derechos de los trabajadores, reforzar la posición de este último, protegiéndole con especial atención a sus derechos fundamentales.

¹¹⁷ Díaz de Atauri, P.G (2020) "El despido por faltas intermitentes...op.cit, pág.19.

La sistematización de las causas previstas nos permite distinguir entre los supuestos excluidos dos categorías: por un lado, se excluyen ausencias debidas al ejercicio de determinados derechos, donde existe una verdadera opción del trabajador a acudir o no a su puesto, y por tanto ejercer o no su derecho; por otra parte, excluye otras circunstancias que no dependen de la voluntad del trabajador, estando éste imposibilitado para el trabajo por razón de enfermedad o accidente¹¹⁸. Se deduce, por tanto, que el legislador ha optado por una comprensión matizada del término absentismo puesto que no se compone de la totalidad de las ausencias del trabajador, sino que se toma en especial consideración el motivo por el cual éste deja de acudir a su puesto, diferenciando así entre las faltas que se deben computar, y las que no son trascendentes en la aplicación de esta causa extintiva¹¹⁹. En el presente apartado se van a analizar estas últimas, así como las controversias que han suscitado durante la vigencia del artículo 52.d) del ET.

En este contexto, es conveniente, antes de estudiar cada uno de los supuestos de exclusión de forma individual, indicar las causas que a efectos de los párrafos segundo y tercero del artículo 52.d) convertían las ausencias en no computables. Así, se recogían los siguientes motivos: ejercicio del derecho a huelga legal; ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; accidente de trabajo; maternidad y paternidad; riesgos durante el embarazo y lactancia, así como enfermedades derivadas de los mismos, incluido el parto; licencias y vacaciones; enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración superior a 20 días consecutivos; las derivadas de violencia de género, ya sea física o psicológica; y por último, las debidas a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Una de las cuestiones que más controversias ha planteado es la dificultad de precisar si los supuestos de exclusión contenidos en el segundo y tercer

¹¹⁸ Díaz de Atauri, P.G (2020) "El despido por faltas intermitentes, aun justificadas... op.cit., pág.8.

¹¹⁹ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...*op.cit., pág. 123.

párrafo conforman una enumeración taxativa o si por el contrario se trata de un listado a efectos enunciativos. Se pueden distinguir dos posiciones diferenciadas en la doctrina. Por una parte, nos encontramos con un sector que considera los supuestos no computables como una lista cerrada, justificando esta naturaleza taxativa en el tenor literal de la letra d) del artículo 52 del ET¹²⁰. Este sector sostiene que debe entenderse que, al haber añadido paulatinamente el legislador los supuestos que ha considerado oportunos, y que se configuran precisamente como excepciones, no caben interpretaciones extensivas¹²¹. En contraposición, otro sector doctrinal afirma que estamos ante una lista abierta, ejemplificativa o meramente enunciativa de las faltas de asistencia que no computan, alegando que la redacción del artículo 52.d) del ET simplemente señalaban los casos que bajo ningún concepto podían computar a efectos de causar un despido objetivo, sin expresar además que únicamente las ausencias citadas constituyesen la exclusión al cómputo¹²².

En vista a lo expuesto, parece más razonable entender que no se trata de un catálogo cerrado, de forma que determinados supuestos de ausencias que guarden cierta o total identidad con los supuestos recogidos, pudiesen no ser tenidos en cuenta a la hora de computar las ausencias acontecidas, de modo que se ofreciese así una mayor protección al trabajador. De hecho, como se observó en el apartado relativo a la evolución del precepto, las ausencias no computables se fueron añadiendo gradualmente en función de las necesidades y los problemas que se venían observando en la aplicación de esta causa y la interpretación que hacían los tribunales, evitando así incurrir en discriminaciones y en situaciones de desprotección del trabajador. Por esto, podría considerarse que los párrafos segundo y tercero tienen un propósito más bien declarativo, pues su inclusión en el artículo 52.d) del ET tuvo su origen en reconocimiento judicial de tales supuestos.

¹²⁰ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...* op.cit., pág. 185.

¹²¹ Díaz de Atauri, P.G (2020) "El despido por faltas intermitentes, aun justificadas..." op.cit., pág.8.

¹²² Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...* op.cit., pág. 183.

4.2.2.2. El derecho a huelga

La primera excepción en el computo se refiere a las ausencias motivadas por el ejercicio del derecho a huelga. No es de extrañar que el legislador decidiese establecer esta exclusión, ya que el reconocimiento del derecho de huelga como derecho fundamental conlleva la garantía de que su ejercicio no suponga perjuicio alguno para el individuo que la realiza, ni directo ni indirecto¹²³. Por consiguiente, si no hubiese existido esta exclusión, se habría posibilitado al empresario a tomar represalias ante el trabajador, lo cual mermaría de manera evidente la aplicabilidad de este derecho fundamental.

Siguiendo esta lógica, no parece que en este sentido se pueda dar pie a controversias en la interpretación de esta exclusión. Sin embargo, el artículo 52.d) del ET establecía un matiz: el precepto que se refería a ausencias debidas a huelga legal y por el tiempo de duración de esta. Por tanto, la cuestión realmente problemática con respecto a la huelga es su calificación como ilegal y, en su caso, la consideración o no en el cómputo de las ausencias motivadas en esta tipología de huelga¹²⁴.

Debido a la complejidad de la cuestión, por ser un tema tan delicado en el que entran en juego múltiples intereses, y existiendo como problema añadido la falta de regulación, nos encontramos con diferentes posiciones doctrinales. Si bien la mayoría se inclina por la asimilación de las faltas asistenciales motivadas por huelgas ilegales a las motivadas por huelgas legales por entender que en el momento en el que se produce la ausencia se consideraba que sí se estaba ejerciendo un derecho fundamental en el supuesto de participación pasiva en la misma¹²⁵, parte de la doctrina rechaza esta tesis, y lo hacen en base a la interpretación literal del artículo 52.d) del ET, el cual hace mención expresa a la huelga legal¹²⁶.

¹²³ Díaz de Atauri, P.G (2020) "El despido por faltas intermitentes...op.cit., pág.8.

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ *Ibidem*

¹²⁶ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): "*El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit., pág. 126.*

Desde esta perspectiva, parece coherente excluir del cómputo únicamente las ausencias motivadas por la huelga legal, ya que aunque solo es posible conocer que una huelga ha sido ilegal después de haber sido declarada como tal por un Tribunal¹²⁷, este tipo de faltas podrían circunscribirse dentro del ámbito de despido disciplinario¹²⁸ o derivarse de ellas otro tipo de sanciones puesto que en realidad son faltas injustificadas que no constituyen el ejercicio de un derecho fundamental en sentido estricto debido a que “*la ilicitud de la huelga implica que la medida de conflicto excede el ámbito de la tutela constitucional*”¹²⁹.

4.2.2.3. Representación legal de los trabajadores

Las ausencias motivadas por el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores constituyen la segunda exclusión a la que hacía referencia la letra d) del artículo 52 del ET en su párrafo segundo.

La primera cuestión que cabe plantearse es a qué tipo de representantes de los trabajadores se refería el mencionado artículo. Como ya es sabido, en el ordenamiento jurídico-laboral español existe un doble canal de representación de los intereses de los trabajadores: por un lado, la representación unitaria, de naturaleza no sindical y elegidos a través de delegados de personal¹³⁰ y

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ Díaz de Atauri, P.G (2020): “El despido por faltas intermitentes, aun justificadas...op.cit., pág.8.

¹³⁰ El artículo 62 del ET hace referencia a los delegados de personal: “1. *La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran estos por mayoría. Los trabajadores elegirán, mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los delegados de personal en el número siguiente: hasta treinta trabajadores, uno; de treinta y uno a cuarenta y nueve, tres.* 2. *Los delegados de personal ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos y tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa. Los delegados de personal observarán las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros de comités de empresa en el artículo 65.*”

comités de empresa¹³¹ tal y como prevé el ET en su Título II; y, por otro lado, la representación sindical, compuesta por dos órganos de representación, las secciones sindicales y los delegados sindicales¹³². De la literalidad del artículo 52.d) del ET hay quien podría entender que tan solo entraban dentro de esta exclusión los representantes unitarios por referirse la norma a los miembros que ostentan cargos de representación unitaria. Sin embargo, al considerarse dicha exclusión como una garantía frente al despido por esta causa, se debe tomar como referencia el artículo 10.3 de la LOLS¹³³, el cual viene a equiparar a los representantes sindicales con los representantes unitarios, extendiendo así el estatuto protector de los primeros a los segundos¹³⁴.

Otra cuestión que ha planteado problemas en la interpretación de esta exclusión es la respectiva al crédito horario, pues cabe preguntarse si el precepto hacía referencia a las ausencias producidas tanto dentro como fuera de éste. Parece haber consenso entre los distintos autores de que, al existir una presunción de que el trabajador está realizando tareas representativas dentro de este crédito horario, comporta a su vez una presunción a favor de no computar las faltas de asistencia que se originan dentro de éste. Sin embargo, en el caso de que las ausencias se produzcan fuera del crédito horario, se consideraba necesario probar que el motivo por el que se ha dejado de acudir a

¹³¹ Definidos por el artículo 63.1 del ET de la siguiente manera: *“El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores”*.

¹³² Su regulación la encontramos en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS). BOE núm.189, de 8 de agosto de 1985.

¹³³ El artículo 10.3 de la LOLS dice lo siguiente: *“Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas ...”*.

¹³⁴ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): *“El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit., pág. 129.*

su puesto de trabajo tiene relación con el ejercicio de sus funciones de representación¹³⁵.

El fundamento de la incorporación de esta exclusión lo encontramos en el ánimo del legislador de ofrecer una garantía y protección a los trabajadores que optasen por el ejercicio de actividades de representación legal. De esta forma, se dificultaba que estos vieses extinguido su contrato laboral como una especie de castigo del empresario por ser parte el trabajador de esta representación legal. Sin embargo, se debe señalar que estos trabajadores no gozaban de inmunidad absoluta frente al despido objetivo por absentismo tan solo por el hecho de formar parte de la representación legal. Podemos mencionar en estos momentos la STSJ de Extremadura, del 23 de enero de 2020¹³⁶, que trata el caso de un trabajador integrante del comité de empresa que vio extinguido su contrato laboral en base a la causa de absentismo, y que pedía la nulidad del despido por considerar que dicho despido constituyó una represalia, precisamente por formar parte de la representación unitaria de la empresa. Sin embargo, al no resultar adecuadamente probado que el motivo del despido fuese únicamente su posición de representante legal, la Sala desestimó su pretensión, estableciendo que *“no es suficiente la mera alegación genérica de ser miembro del comité de empresa y alegar una reclamación de derechos que no se especifican, sino que el indicio debe deducir la posibilidad de que ha podido producirse tal represalia”*¹³⁷. Es decir, el TSJ de Extremadura consideró que, además de ostentar la condición de representante legal de los trabajadores, debían existir unos hechos que acreditasen que el despido venía motivado por razones discriminatorias, deduciendo así que la excepción que recogía el artículo 52.d) del ET no se podía interpretar en el sentido de que los representantes legales no podían, bajo ninguna circunstancia, resultar

¹³⁵ En este sentido se manifiestan tanto Alzaga Ruiz, I. (2011): “El absentismo del trabajador...op.cit., pág.24 como Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): “*El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.*, pág. 129.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social. Sección 1º) del 23 de enero de 2020. Núm. de Recurso 656/2019. ECLI: ES:TSJEXT:2020:95

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social. Sección 1º) del 23 de enero de 2020. Núm. de Recurso 656/2019, (FD 4). ECLI: ES:TSJEXT:2020:95

despedidos a través de la extinción objetiva por absentismo por ostentar tal condición, sino que si se prueba que sus ausencias no se respaldaban en las funciones de representación, el empleador estaba legitimado para hacer uso de esta causa de despido. Se puede observar que en este caso concreto es el trabajador absentista el que abusa de su condición de representante legal y se escuda en la exclusión que establecía el artículo 52.d) del ET, suponiendo para la empresa sus ausencias una onerosidad sobrevenida excesiva, que es precisamente lo que la extinción objetiva por absentismo buscaba evitar.

Conviene hacer referencia a una última cuestión en relación con la exclusión de las faltas de asistencia cometidas por representantes legales: la asimilación, o no, con otras circunstancias análogas a este supuesto, como puede ser el ejercicio de un deber público. A este respecto, se puede señalar la STSJ de Andalucía del 19 de mayo de 2016¹³⁸, en la cual se aborda el caso de una trabajadora que resulta despedida con motivo de sus ausencias, las cuales respondían al cumplimiento de sus funciones como concejal. En esta sentencia, la sala hace alusión a la similitud existente entre los supuestos en los que un trabajador ejerce un cargo de representación y aquellos relativos al ejercicio de funciones de representación legal, llegando incluso a hablar de una posible equiparación entre ambas circunstancias, ya que *“en ambos casos se está actuando por delegación una representación legal y en beneficio de terceros”*¹³⁹. A pesar de esta afirmación, continúa diciendo que el hecho de que el legislador no introdujese una exclusión expresa relativa a este supuesto hace que no se pueda interpretar como un caso de ausencia de absentismo laboral. Además, apunta que esta forma de representación está al margen del ET y de la empresa, de forma que pierde consistencia la teoría de que estamos ante dos situaciones equiparables al no beneficiar directamente a la organización y planificación de la empresa, sin poder justificarse entonces que las ausencias de unos y otros se traten de manera igualitaria. Cuestión distinta es que posteriormente el TC haya declarado el despido nulo al conocer este mismo

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social. Sección 1º) del 19 de mayo de 2016. Núm. de Recurso 1402/2015. ECLI: ES:TSJAND:2016:4544.

¹³⁹ *Ibidem*, (FD 1).

asunto¹⁴⁰ por considerar vulnerado el Derecho Fundamental de participación política de la trabajadora. Al contrario que la cuestión mencionada previamente con respecto a la no equiparación de representantes legales y trabajadores que ostenten un cargo, el TC indica que su resolución posterior del caso no es interpretativa del artículo 52.d) del ET, sino del caso y circunstancias concretas¹⁴¹.

4.2.2.4. *Accidente de trabajo y enfermedad profesional*

En tercer lugar, el artículo 52.d) del ET recogía como ausencia no computable el accidente de trabajo, sin mencionar expresamente la enfermedad profesional. Parece razonable que las ausencias producidas por ambas situaciones no fueran tenidas en cuenta a efectos de cómputo, pues el empresario es el responsable último de evitar que tales contingencias se produzcan¹⁴². El TSJ de Andalucía, siguiendo esta lógica en la STSJ de 9 de junio de 2009, y considerando la enumeración de exclusiones que contenía el artículo 52.d) del ET como enunciativa y no taxativa, equipara accidente de trabajo y enfermedad profesional, de forma que las bajas por incapacidad temporal debidas a estas dos causas no serían computables¹⁴³.

Sin embargo, nos encontramos con sentencias que se pronuncian en sentido contrario. La STSJ de Andalucía de 20 de diciembre de 2012, de conformidad con la literalidad del precepto, señala que éste no hace referencia a las faltas de asistencia debidas a enfermedad profesional, y estima que accidente de trabajo y enfermedad profesional constituyen dos nociones distintas con un tratamiento legal diferenciado. Consecuentemente, determina que las faltas de asistencia derivadas de enfermedad profesional, para que no fueran

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2018 de 26 de noviembre de 2018 (BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2018) ECLI:ES:TC:2018:125

¹⁴¹ Díaz de Atauri, P.G (2020): "El despido por faltas intermitentes, aun justificadas...op.cit., pág.9.

¹⁴² *Ibidem*, pág.10.

¹⁴³ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): "*El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.*, pág. 132.

computables, debían tener una duración de más de veinte días consecutivos tal y como determinaba el artículo 52.d) del ET¹⁴⁴.

Si bien es cierto que estamos ante dos conceptos distintos¹⁴⁵, se observa que son bastante próximos y, además, responden ambos a daños y perjuicios sufridos con motivo de la actividad laboral. Por lo tanto, y en relación con la aplicación del extinto artículo 52.d) del ET, parece coherente afirmar que quien debía asumir las consecuencias negativas derivadas de las ausencias, era el empresario y no el trabajador¹⁴⁶.

4.2.2.5. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia y paternidad

En cuarto lugar, también se excluían del cómputo las ausencias que tienen su origen en la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo, y en enfermedades causadas por el embarazo, parto o la lactancia. Parece que el legislador lo que pretendía con la paulatina introducción de estos supuestos, era avanzar hacia una adecuada conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras¹⁴⁷.

Por un lado, se puede observar que estas causas se fundamentan sobre un hecho biológico (gestación, parto o lactancia) que en principio no pueden generar sospecha de su carácter simulado. Además, si las ausencias derivadas de estas circunstancias se computasen, es evidente el efecto discriminatorio

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ El artículo 156 de la LGSS define accidente de trabajo como “*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*” mientras que el artículo 157 de la LGSS se refiere a enfermedad profesional estableciendo que es “*la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional*”.

¹⁴⁶ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): “*El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.*”, pág. 131.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pág.133.

que comportaría, ya que, a excepción de la paternidad, estas causas afectan únicamente al sexo femenino¹⁴⁸.

Pero, por otro lado, parece necesario señalar que las situaciones a las que hacía referencia esta exclusión contenida en la letra d) del artículo 52 del ET, no son las únicas que pueden mermar la conciliación de la vida familiar y personal de los trabajadores, y, por lo tanto, merecedoras de ser excluidas del cómputo de ausencias. Este es el caso de trabajadores que tienen a su cargo personas dependientes, situaciones de acogimiento o adopción, reproducción asistida¹⁴⁹.... Al no haber referencia expresa a estas situaciones en el precepto, quedaban a expensas de la interpretación que vinieran haciendo los tribunales, Se puede mencionar la STSJ de La Rioja de 23 de diciembre de 2015¹⁵⁰, mediante la cual se declara procedente el despido de una trabajadora al computar para llegar a los porcentajes requeridos ausencias derivadas del tratamiento de fertilidad al que se estaba sometiendo.

De nuevo, la falta de precisión del artículo 52.d) del ET al establecer las exclusiones de las ausencias desemboca en situaciones desfavorables para los trabajadores que, encontrándose en situaciones asimilables a las contenidas en el precepto, quedaban o no protegidos según el criterio de los tribunales que conociesen su causa, dando lugar en ocasiones a resoluciones contradictorias.

4.2.2.6. *Licencias y vacaciones*

Las licencias y vacaciones constituían el quinto grupo de ausencias no computables a tenor del artículo 52.d) del ET.

En lo que respecta a las licencias, estas se definen como *“todos los permisos que computen como tiempo de trabajo y que estén reconocidos como tales en las normas legales, en los convenios colectivos o en los contratos individuales*

¹⁴⁸ Díaz de Atauri, P.G (2020): “El despido por faltas intermitentes, aun justificadas...op.cit., pág.10.

¹⁴⁹ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): “*El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.*, pág. 139-142.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Social. Sección 1º), de 23 de diciembre de 2015. ECLI: ES:TSJLR:2015:703

de trabajo, y en general los que el empleador reconozca como tales, aunque no sean retribuidos ni computen como tiempo de trabajo efectivo”¹⁵¹. Sobre el trabajador recaía la responsabilidad de justificar correctamente el motivo de la licencia, de modo que se venía interpretando que aquellas que no resultasen debidamente justificadas podían ser tenidas en cuenta a efectos del cómputo del absentismo. Por otra parte, al no referirse el precepto a un tiempo determinado se consideraba no computable la totalidad del tiempo de duración de la licencia¹⁵².

En cuanto a las vacaciones, sorprende que el precepto hiciese referencia expresa a las mismas, pues las vacaciones anuales retribuidas no se pueden considerar estrictamente un supuesto de ausencia al trabajo, siendo en realidad un supuesto de interrupción de la relación laboral en el que el trabajador no tiene la obligación de acudir a su puesto de trabajo¹⁵³.

4.2.2.7. Enfermedad común y accidente no laboral de duración superior a 20 días

Las ausencias relacionadas con enfermedad común o accidente no laboral en el supuesto de que duren más de veinte días consecutivos y hayan sido acordadas por los servicios sanitarios oficiales, constituyen la siguiente excepción en cuanto al cómputo de las ausencias. De acuerdo con la redacción que ofrecía el párrafo segundo del artículo 52.d) del ET, parece que se debían cumplir tres requisitos simultáneos: que las ausencias se derivasen o bien de enfermedad común, o bien de accidente no laboral; que dichas ausencias se

¹⁵¹ Guindo Morales, S. (2018): “Configuración y régimen jurídico de las faltas de asistencia al trabajo con motivo de extinción del contrato por circunstancias objetivas tras las últimas reformas laborales: problemática actual y propuestas de mejora”, *Revista de Información Laboral num. 12/2018 parte Artículos doctrinales. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018, págs. 57-81.*

¹⁵² Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): “*El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.*”, pág. 145.

¹⁵³ Guindo Morales, S. (2018): “Configuración y régimen jurídico de las faltas de asistencia al trabajo ...op. cit.

prolongasen más de veinte días consecutivos; y, por último, que la baja hubiese sido acordada por los servicios sanitarios oficiales¹⁵⁴.

Conviene en primer lugar referirnos a qué se entiende por enfermedad común y accidente no laboral. Para ello, acudimos al artículo 158 de la LGSS¹⁵⁵, del cual se extrae que es accidente no laboral *“toda lesión corporal, súbita y violenta, sufrida por el trabajador por cuenta ajena sin que medie ningún grado de relación causal con el trabajo”*¹⁵⁶ y enfermedad común las *“alternaciones de la salud que no tengan la condición de accidente de trabajo no de enfermedad profesional”*¹⁵⁷.

En segundo lugar, la exigencia de que se superase el umbral de veinte días se debe analizar en relación con la exigencia de intermitencia de las faltas a la que ya nos hemos referido anteriormente. Se ha llegado a plantear la incompatibilidad de esta exigencia con el requisito de que las faltas de asistencia sean intermitentes, pero lo cierto es que en realidad constituye una limitación del rigor establecido en el párrafo primero para el cómputo de las ausencias¹⁵⁸. En todo caso ha de producirse la intermitencia de las faltas, pero la superación del periodo temporal de veinte días hace que no exista tal intermitencia, lo cual es razón para excluirlas del cómputo. Como ya se ha señalado en otros apartados, son las ausencias cortas y constantes las que más afectan al normal funcionamiento de la empresa, por lo que parece razonable que las faltas de asistencia de esta duración no legitimasen al empresario a aplicar el artículo 52.d) del ET. Podemos hacer referencia a la

¹⁵⁴ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): *“El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.,* pág. 146.

¹⁵⁵ Dicho artículo establece lo siguiente: *“1. Se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 156, no tenga el carácter de accidente de trabajo. 2. Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 156 y en el artículo 157”.*

¹⁵⁶ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): *“El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.,* pág. 147.

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ *Ibidem.*

STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020¹⁵⁹, en la cual la demandante pretende la declaración de improcedencia del despido por estimar que las ausencias tenidas en cuenta por la empresa no pueden ser consideradas intermitentes, y, por consiguiente, no se debían computar para alcanzar los umbrales que establecía el precepto para aplicar la causa de despido objetivo por absentismo. De esta forma, sostiene que su ausencia acontecida entre el 26/11/18 y 5/12/18 que supuso su reincorporación el 10/12/18 con una duración de 15 días naturales no poseía carácter intermitente. La sala recuerda que para que esta ausencia no fuese computada, se debían superar los veinte días consecutivos.

Por otra parte, y teniendo este razonamiento, se pueden entender las resoluciones de tribunales en las que el cómputo de distintas faltas de asistencia, aún motivadas por el mismo proceso patológico, se llevaban a cabo de forma separada, de manera que, aunque la suma de estas superase los veinte días, cada una de ellas era de un tiempo menor, y, por consiguiente, se tenían en cuenta para el cómputo del absentismo¹⁶⁰. En este sentido se pronuncia el TSJ de Cataluña¹⁶¹ cuando establece que *“aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de veinte días y la suma superaría ese límite, pero no sería de “días consecutivos”, por lo que se deben computar de forma separada. Siguiendo el mismo criterio se pronuncia la misma sala en la sentencia de 17 de enero de 2020 mencionada en el anterior párrafo, estableciendo que “si las bajas por enfermedad son intermitentes y de duración, cada una de ellas, inferior a 20 días, se computan aunque se deban a una misma enfermedad y aunque sumandos los días de baja se supere ese límite, pues no se trataría de días consecutivos”.*

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social. Sección 1º), de 17 de enero de 2020. Núm. de Recurso 5532/2019. ECLI: ES:TSJCAT:2020:1

¹⁶⁰ Tras varias sentencias contradictorias, algunas abogando por el cómputo conjunto de las faltas de asistencia debidas al mismo proceso patológico, y otras por el cómputo separado de cada una de ellas, el TS se inclinó por esta segunda postura (vid. STS de 24 de octubre de 2006).

¹⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social. Sección 1º), de 9 de abril de 2013 (FD 3). Núm. de Recurso 7474/2012 (FD 3) ECLI:ES:TSJCAT:2013:3970.

Analizado desde esta perspectiva en la que el artículo 52.d) del ET perseguía la protección del empresario frente a la excesiva morbilidad del trabajador, y considerando las situaciones más perjudiciales para el primero aquellas en las que las ausencias son cortas y constantes, parece razonable el criterio expuesto en el párrafo anterior por el que optaron los tribunales. Sin embargo, a mi juicio, y aun compartiendo dicho razonamiento, es cierto que se podían llegar a dar situaciones incoherentes dependiendo del caso concreto. Por ejemplo, para un trabajador que estuviese de baja treinta días consecutivos, no computarían tales ausencias. Sin embargo, para un trabajador que se ausentase durante dos periodos discontinuos de quince días, si que serían computables estas faltas a pesar de sumar, en ambos casos, el mismo número final de ausencias. Quizás una regulación más exhaustiva podría haber resuelto estas incongruencias, y habría aportado mayor seguridad jurídica tanto para trabajadores como empleadores.

Sobre las ausencias producidas por enfermedad común dentro de los procesos de incapacidad temporal inferiores a veinte días se ha de señalar, en último lugar, una cuestión que ha producido bastante polémica, y es cómo afecta este requisito a los trabajadores que sean discapacitados y que estas ausencias inferiores a veinte días se reputen atribuibles a su discapacidad, pues se puede desembocar en discriminación¹⁶². Esta cuestión va a ser expuesta en el apartado sexto del presente trabajo.

El último requisito para aplicar esta exclusión del cómputo es que las bajas del trabajador hubiesen sido acordadas por los servicios sanitarios oficiales. Esta circunstancia se relaciona con la necesidad de que las ausencias sean justificadas, pues de no serlo, no hay duda de que resultarían computables a efectos del absentismo del trabajador¹⁶³.

Si bien el despido objetivo por absentismo perseguía proteger al empleador de soportar una excesiva onerosidad sobrevenida, y el factor rentabilidad servía para justificar la extinción de la relación laboral, es cuestionable que la mera

¹⁶² Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): *“El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.,* pág. 152.

¹⁶³ *Ibidem,* pág. 155.

causa del padecimiento de una enfermedad que pudiese producir eventuales ausencias habilitase la utilización de esta herramienta, viéndose afectados en particular los enfermos crónicos. La rentabilidad de la empresa no debería sobreponerse a la persona y la enfermedad intrínseca a la misma, sino que se podría considerar más razonable que se hubiese establecido una exclusión más en el segundo párrafo del artículo 52.d) del ET, dejando expresamente fuera del cómputo algunos tipos de enfermedades¹⁶⁴ (crónicas, derivadas de la discapacidad...), al igual que se hizo con la introducción de las enfermedades graves, como veremos posteriormente.

4.2.2.8. Situación física o psicológica derivada de violencia de género

Se excluían también del cómputo de absentismo laboral las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Como ya se ha mencionado anteriormente, esta exclusión fue introducida en el elenco de supuestos excluidos del cómputo de absentismo a través de la LOIVG¹⁶⁵.

La primera cuestión a la que se debe hacer referencia es que solo las mujeres pueden sufrir este tipo de violencia¹⁶⁶, y, por tanto, los hombres no disponían

¹⁶⁴ Serrano Argüello, N. (2008): Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el Derecho se aleja de la justicia, *IUSTEL. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, diciembre 2008, nº 18, págs. 1-22, pág.14.

¹⁶⁵ Lo hace a través de su artículo 21.4: *“Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad”*.

¹⁶⁶ El artículo 1.1 de la LOIVG dispone: *“La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*. De este precepto se deduce que tan solo las mujeres pueden ser víctimas de violencia de género.

de la posibilidad de motivar sus ausencias basándose en esta causa. En la STSJ de las Islas Baleares, de 28 de junio de 2018¹⁶⁷, el trabajador despedido por absentismo imputaba sus faltas de asistencia a su situación física o psicológica derivada de la violencia de género, ante lo cual la sala recuerda que existe *“imposibilidad legal de que un hombre puede ser objeto de violencia de género”*¹⁶⁸.

Por otra parte, el precepto requería que para no computar a efectos de absentismo las ausencias motivadas en esta exclusión, estas debían estar acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda. Así lo manifiesta también la misma sentencia que señalábamos en el párrafo anterior, pues el trabajador de ese caso concreto tampoco presenta documento acreditativo de tal situación de violencia de género, necesario por tanto para dejar fuera del cómputo estas ausencias.

Por último, hay que mencionar que la doctrina consideraba que la norma se refería a las *“ausencias de la trabajadora necesarias para asistir a consultas de tratamiento psicológico, las cubiertas por una baja por enfermedad para tratar y curar lesiones físicas o psicológicas, las faltas de asistencia originadas por el menester de realizar trámites de asistencia letrada, para asistir a comparecencias judiciales, para cambiar de lugar de domicilio o residencia, etcétera”*¹⁶⁹. Con ello se pretendía establecer un mecanismo para que la recuperación física y psíquica de la víctima no perjudicara su relación laboral¹⁷⁰.

4.2.2.9. Tratamiento médico de cáncer o de enfermedad grave

La última de las exclusiones hacía alusión a las ausencias derivadas de un tratamiento de cáncer o enfermedad grave. Como ya se ha comentado, este supuesto se introduce con la reforma laboral operada en 2012, e incluyó un

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Social. Sección 1º), de 28 de junio de 2018. Núm. Recurso 173/2018. ECLI: ES:TSJBAL:2018:630

¹⁶⁸ *Ibidem*, FD 2

¹⁶⁹ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019): *“El absentismo laboral como causa del despido ...op.cit.,* pág. 152.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

tercer párrafo en el artículo 52.d) del ET, se dejan fuera del cómputo las mencionadas faltas de asistencia.

La primera cuestión que ha planteado problemas es la redacción de este supuesto, ya que dio lugar a dos interpretaciones, considerando algunos autores que el precepto se refería a la misma situación, debiendo estar relacionada la enfermedad grave con el cáncer, y afirmando otros que aludía a dos situaciones distintas no conectadas entre sí, pues mientras que el cáncer es una enfermedad concreta que engloba un grupo de patologías, la enfermedad grave desprende un carácter indeterminado que permitía incluir en este supuesto cualquier padecimiento que revistiese especial trascendencia para la salud¹⁷¹. La STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015 se inclina hacia esta segunda interpretación. En este caso, el empresario no había excluido del cómputo de los días de absentismo unas bajas médicas motivadas por efectos secundarios de la medicación que el trabajador tomaba por una dolencia psiquiátrica grave (esquizofrenia). La sala afirma que la literalidad de la norma es clara, por lo que interpreta que *“debemos descartar que la alusión al cáncer conduzca a la interpretación de que solo las dolencias a ella asimilables merezcan la calificación de graves, pues la redacción de la norma apunta claramente a lo contrario, al separar el texto legal con una conjunción disyuntiva la mención de dicha entidad clínica y la de las enfermedades graves, con lo que parece claro que lo que se está estableciendo es una neta distinción entre ambas categorías, no utilizando tampoco el precepto en su redacción ningún término gramatical que por su significación pudiera establecer ese criterio de asimilación”*¹⁷².

La referencia a enfermedad grave planteó una segunda problemática, pues se trata de un concepto indeterminado que el legislador ni concreta ni proporciona pautas para su correcta interpretación. Esto, generaba una inseguridad jurídica importante, pues el juicio del empresario debía ser subjetivo, e incluso “a

¹⁷¹ Gómez Salado, M.A (2019): El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido...op.cit., pág. 198-199.

¹⁷² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Palmas de Gran Canaria (Sala de lo Social. Sección 1º), de 11 de noviembre de 2015. Núm. de Recurso 917/2015. ECLI: ES:TSJICAN:2015:3739, (FD 3).

ciegas” en muchas ocasiones ya que existe un alto nivel de protección a esta información de carácter personal por inferir en su derecho a la intimidad¹⁷³. Debido a esta indeterminación y ambigüedad, en muchas ocasiones se ha acudido a otras normas con objeto de interpretar el término de enfermedad grave. Podemos mencionar a estos efectos el RD 303/2004¹⁷⁴, el cual en su artículo 9, referido a los supuestos de liquidez, especifica qué entiende por enfermedad grave a dichos efectos, caracterizándola de las siguientes notas: enfermedad médicamente verificada, necesitada de un tratamiento médico específico, agresivo y continuado, cuyos efectos imposibiliten acudir al puesto de trabajo¹⁷⁵. Por otra parte, se ha acudido igualmente al RD 114/2011¹⁷⁶, el cual establece en su anexo I un listado de enfermedades graves agrupando en diecisiete títulos genéricos un total de 113 padecimientos específicos, enunciados, pero no descritos (vid. tabla 1). A pesar de que estas dos normas ayudaban a concretar la noción de enfermedad grave, existen elementos que manifiestan su insuficiencia a estos efectos. En cuanto al RD 303/2004, la definición que proporciona no se ajusta bien a la realidad de quien recibe un tratamiento que conlleva faltas intermitentes puesto que dicha definición se plantea dentro de una situación en la que la incapacidad para generar rentas justifica una necesidad de liquidez¹⁷⁷. Por lo que respecta al RD 114/2011, se

¹⁷³ Torres Colmenares, C. y Zaldivar de la Rica, A. (2019): “El despido objetivo por ausencias, aun justificadas, pero excesivas: el delicado equilibrio entre el derecho del trabajador a ausentarse justificadamente de su puesto de trabajo y el derecho del empresario a no soportar situaciones excesivamente gravosas”, *2019 Práctica para abogados, edición nº1, LA LEY*, pág.9.

¹⁷⁴ Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones. «BOE» núm. 48, de 25/02/2004.

¹⁷⁵ Gómez Salado, M.A (2019): El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido...op.cit., pág.201.

¹⁷⁶ Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. «BOE» núm. 182, de 30 de julio de 2011

¹⁷⁷ Díaz de Atauri, P.G (2020): “El despido por faltas intermitentes, aun justificadas...op.cit., pág.10

elaboró pensando en menores de edad, por lo que nos encontramos con algunas enfermedades propias de la edad adulta que no están reflejadas¹⁷⁸.

La STSJ de Cataluña, de 21 de abril de 2015 establece un criterio razonable a efectos de qué se debía entender por enfermedad grave según lo que disponía el artículo 52.d) del ET en cuanto a que identifica la gravedad en atención al tratamiento, señalando que *“el legislador está pensando sin duda en enfermedades radicales y de mucha mayor gravedad, que exigen además tratamientos agresivos y continuos”*¹⁷⁹, y hace mención expresa a *“tratamientos médicos de tipo radioterapia o quimioterapia, que se administran puntualmente y de forma más o menos continuada y secuencial durante un espacio temporal concreto, con efectos secundarios tan agresivos como para dar lugar a ausencias del puesto de trabajo de pocos días de duración, en todo caso inferiores al límite de 20 días de bajas médicas que no se computan”*¹⁸⁰. Por consiguiente, parece que la sala establece una aproximación al concepto de enfermedad grave haciendo referencia a tratamientos incompatibles con la actividad laboral, y estableciendo que, aunque no tienen por qué estar relacionados con el cáncer, al mencionar de forma expresa dicha enfermedad el legislador, asimila las características de los tratamientos de la misma a los tratamientos que otras enfermedades deben precisar a efectos de considerarlas graves para no computar sus ausencias en el absentismo del trabajador. En otras palabras, los tratamientos de cáncer servían a título ejemplificativo para determinar qué tratamiento no se debía tener en cuenta para el cómputo del absentismo¹⁸¹.

De lo expuesto se deduce que, al fin y al cabo, los tribunales se veían abocados a llevar a cabo un análisis “caso por caso” para delimitar la gravedad o no de la enfermedad, tomando como criterio la similitud de las características o efectos del tratamiento de la misma con aquellos utilizados para el cáncer.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1º), de 21 de abril de 2015 (FD 1). Núm. de Recurso 792/2015. ECLI: ECLI:ES:TSJCAT:2015:4866

¹⁸⁰ *Ibidem*, FD 5

¹⁸¹ Díaz de Atauri, P.G (2020): “El despido por faltas intermitentes, aun justificadas...op.cit., pág.11.

Teniendo en cuenta el elevado casuismo, y que es más que probable que una enfermedad tenga las mismas necesidades de tratamiento, se hizo imposible llegar a establecer criterios uniformes por medio de la unificación de doctrina. Resulta interesante mencionar la STS de 28 de enero de 2019¹⁸², la cual sin resolver el asunto lo devuelve a la Sala para que determine si la enfermedad concreta padecida por la trabajadora (infección por *Helicobacter Pylori*), debe calificarse como grave y, consecuentemente, no computar las ausencias debidas a la misma.

5. SUPRESIÓN COMO CAUSA EXTINTIVA. CUESTIONES QUE HAN CONTRIBUIDO A LA DESAPARICIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO

5.1. LA ADECUACIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO AL CONVENIO 158 DE LA OIT

El encaje del despido objetivo por absentismo a la normativa internacional, concretamente al Convenio 158 de la OIT, ha sido ampliamente cuestionado, con especial relevancia a partir de la eliminación del índice global de absentismo tras la reforma laboral del año 2012¹⁸³, pues la eliminación de la exigencia de que exista un determinado nivel de absentismo global en la empresa, incidió en la pérdida de fundamento de esta causa de extinción, ya que al suprimirse este umbral colectivo de absentismo, se desvaneció un elemento objetivo consistente con el que poder presumir un perjuicio al empresario motivado en la no asistencia¹⁸⁴.

Ante estas circunstancias, nos encontramos con una doctrina dividida: mientras que la mayoritaria defendía la adecuación del despido por absentismo al Convenio 158 de la OIT, otra parte afirmaba lo contrario. La controversia se

¹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social. Sección 1ª) de 28 de enero de 2019. Núm. de Recurso 667/2017. ECLI: ES:TS:2019:422

¹⁸³ Romero Burillo, A.M y Moreno Gené, J. (2015): “El recurso al Convenio 158 OIT por parte de los órganos judiciales como límite al despido por absentismo del trabajador”, *Jornada Internacional, Protección de los Derechos Sociales desde el Ámbito Internacional*, Valencia, 15 de octubre de 2015. *passim*.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 3.

centraba en el artículo 6 de dicho convenio, ya mencionado previamente, el cual recordemos establece en su primer párrafo que *“la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”*. Para muchos, el despido por absentismo individual, resultado de la reforma laboral del 2012, era contrario al precepto mencionado. Sin embargo, se debe mencionar el segundo párrafo del precepto, que dispone que *“la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente convenio”*, el cual dice que *“deberá darse efecto a las disposiciones del presente convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”*. Esta posibilidad que se otorga a los estados miembros para incidir en la definición de ausencia a efectos del artículo 6 del Convenio 158 OIT, limita indudablemente el alcance de la norma, lo cual permite justificar su compatibilidad con la causa de extinción que preveía el artículo 52.d) del ET¹⁸⁵.

Teniendo esto presente, nos encontramos con resoluciones que proclaman la concordancia de ambos preceptos. Es el caso de la STSJ de Cataluña, de 9 de abril de 2013¹⁸⁶ que señala en su fundamento de derecho primero refiriéndose al artículo 52.d) del ET que *“no nos consta que sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio OIT 158, pues no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas”*. La misma postura se desprende de la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 (recurso núm. 1190/2013), la cual concluye que *“no puede compartirse que exista contradicción entre el art. 52 d) ET y el convenio 158 OIT, toda vez que la norma internacional habilita en esta materia concreta a la nacional”*, entendiendo además que el desarrollo efectuado por el artículo 52.d) del ET no

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1º), de 9 de abril de 2013. Núm. de Recurso 7474/2012. ECLI: ES:TSJCAT:2013:3970.

desvirtuaba lo dispuesto en el convenio al no abrir *“ilimitadamente la posibilidad de despedir por ausencia temporal por enfermedad o lesión”*, puesto que se consideraba que la exigencia de determinados porcentajes y las exclusiones enunciadas, contraía la posibilidad de aplicar este modo de extinción objetivo a supuestos muy precisos. Podemos mencionar otras resoluciones que se manifestaron en esta misma dirección, como puede ser la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014¹⁸⁷ o la STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017¹⁸⁸.

Como contraposición, se pueden señalar algunas resoluciones que se pronunciaron en distinto sentido, pero como ya hemos adelantado, fueron los minoritarios. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013¹⁸⁹ consideró que la remisión del artículo 6.2 del Convenio 158 de la OIT a la legislación nacional no habilita para excluir de la prohibición de despido a las ausencias temporales por causa de enfermedad de corta duración, sino que tan solo se refiere a que el legislador nacional puede definir dichas ausencias, en qué medida se exige el certificado médico al que hace referencia, y las posibles limitaciones de la prohibición. Sin embargo, la posterior STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014¹⁹⁰ revocó la resolución mencionada¹⁹¹.

Es necesario hacer referencia en estos momentos a la cuestión de inconstitucionalidad planteada mediante auto de fecha 8 de abril de 2019 por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona. Una de las cuestiones en las que se apoyó, fue precisamente en lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio 158 OIT. Sin embargo, el Alto Tribunal en su sentencia del 16 de octubre de

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1º), de 23 de julio de 2014. Núm. de Recurso 402/2014. ECLI: ES:TSJM:2014:7988.

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1º), de 3 de abril de 2017. Núm. de Recurso 7675/2016. ECLI: ES:TSJCAT:2017:3109.

¹⁸⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona (Sección 33), de 17 de septiembre de 2013. Núm. de Recurso 679/2013. ECLI: ECLI:ES:JSO:2013:45

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1º), de 15 de mayo de 2014. Núm. de Recurso 695/2014. ECLI: ECLI:ES:TSJCAT:2014:5123.

¹⁹¹ Romero Burillo, A.M y Moreno Gené, J. (2015): “El recurso al Convenio 158 OIT por parte de los órganos judiciales...op.cit., pág.8.

2019¹⁹², a la cual se va a dedicar posteriormente un subepígrafe, no aprecia contradicción alguna, pues interpreta que en conformidad con el artículo 6.2 de dicho convenio el legislador estaba habilitado para establecer, “*dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del artículo 6.1 de dicho Convenio, como efectivamente ha hecho mediante el régimen jurídico contenido en el artículo 52.d) del ET*”¹⁹³. Alude también al artículo 4 del Convenio 158 OIT, que establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, y considera que entre estas causas justificadas cabe incluir la defensa de la productividad de la empresa, que era lo que pretendía en último término el artículo 52.d) del ET¹⁹⁴.

Por último, resulta interesante hacer referencia de nuevo a la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020¹⁹⁵, la cual afirma que las consideraciones del TC sobre la adecuación del artículo 52.d) del ET al artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT expuestas en la sentencia mencionada en el párrafo anterior, constituyen un “*obiter dicta no vinculante, por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria*”. Partiendo de esta premisa, y, por consiguiente, haciendo caso omiso a la interpretación previa del TC en esta materia, declara el artículo 52.d) del ET contrario al Convenio 158 OIT, alegando que la buena fe en la interpretación de dicha norma es incompatible con la posibilidad de

¹⁹² Sentencia 118/2019 del Tribunal Constitucional, de 16 de octubre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. ECLI:ES:TC:2019:118

¹⁹³ Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S. (2019): “Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de jurisprudencia laboral*. Núm. 7, pág. 6.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pág. 7.

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social. Sección 1º), de 17 de enero de 2020. Núm. de Recurso: 5532/2019. ECLI: ES:TSJCAT:2020:1.

imponer límites a la prohibición del despido por ausencias del trabajo derivadas de enfermedad.

5.2. ENCAJE CON EL DERECHO COMUNITARIO. LA INTERPRETACIÓN DEL TJUE DE LA DIRECTIVA 2000/78/CE

Uno de los fundamentos a los que se hace referencia en la exposición de motivos del RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020) como justificación de la extraordinaria y urgente necesidad que habilita la utilización de dicho instrumento, es la necesidad de cumplir con la normativa de la UE, y en concreto, con la Directiva 2000/78/CE¹⁹⁶. Por esta razón, parece conveniente estudiar en este apartado distintas resoluciones del TJUE en las que se aborda la cuestión, y que debemos tener presentes.

5.2.1. Asunto HK Danmark. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013¹⁹⁷. La enfermedad y la discriminación por discapacidad.

El órgano jurisdiccional danés *Sø- og Handelsretten*, planteó una serie de cuestiones prejudiciales en relación con el artículo 267 TFUE, relativas a la interpretación de los artículos 1,2 y 5 de la Directiva 2000/78/CE.

Conviene, en primer lugar, hacer alusión a los hechos que suscitaron el caso. Existían dos litigios internos, en los que se enfrentaban por una parte el sindicato HK Danmark en representación de las trabajadoras Sra. Ring y Sra. Skouve Werge, y por otra, sus empleadores. Ambas trabajadoras habían visto extinguida su relación laboral como consecuencia de su estado de salud, por lo que el sindicato interpuso una demanda contra los empleadores, cuestionando así la legalidad de ambos despidos. Los empleadores, por su parte, alegaron la inexistencia de discriminación por motivo de discapacidad, pues ambas trabajadoras habían sido despedidas como consecuencia de una enfermedad, no asimilable a una discapacidad según su juicio. Ante estas circunstancias, el

¹⁹⁶ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11). ECLI:EU:C:2013:222

órgano jurisdiccional danés planteó, mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, si el concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78 comprende el estado de salud de una persona que a causa de una dolencia no puede, de forma total o parcial, llevar a cabo las funciones normales de su puesto de trabajo durante un periodo de tiempo¹⁹⁸, de forma que se asimile esta situación a la protección dispensada a la discapacidad.

El TJUE realiza una interpretación del concepto de discapacidad en conformidad con lo dispuesto en la CDPD¹⁹⁹, de manera que pone en relieve la interacción entre las deficiencias de las personas, por un lado, y los obstáculos sociales que inciden en la vida profesional de estas personas por otro. De esta manera, considera que una aproximación social al concepto de discapacidad parece más adecuada para la consecución de la no discriminación en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Siguiendo este razonamiento, el TJUE entiende a la vez que la discapacidad puede tener su origen tanto en una condición de nacimiento o accidente, como en una enfermedad, curable o incurable que acarree limitaciones de larga duración impidiendo la participación plena de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones. Es decir, una persona que a raíz de una enfermedad adquiere limitaciones de forma prolongada en el tiempo para la consecución de las funciones normales que venía realizando en su puesto de trabajo, puede ser considerada como discapacitada, y por lo tanto su despido basado en el motivo de su enfermedad, una discriminación, pues la enfermedad que cumple

¹⁹⁸ Agustí Maragall, J. (2019): “Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre Applying EU Anti-Discrimination Law*, pág. 9.

¹⁹⁹ En su artículo 1.2 se establece que: “*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

estas condiciones se incluye en el ámbito de protección de la directiva²⁰⁰. Por consiguiente, y tal y como precisa el TJUE, toda enfermedad es asimilable a una discapacidad, sino que solo lo serán aquellas que supongan una limitación de esta índole²⁰¹.

Por otra parte, el TJUE señala que el trabajador enfermo asimilado a la situación de discapacidad está expuesto a un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad. La ley danesa establece la posibilidad de despido al alcanzar 120 días de baja en 12 meses, y considerando ese mayor riesgo de los trabajadores discapacitados o enfermos asimilados, supone una diferencia de trato indirecta en el sentido de la Directiva²⁰². Sin embargo, se debe señalar a este respecto que la normativa danesa recoge la posibilidad en estos casos de despedir de forma privilegiada si la baja tiende a ser de mayor duración, bastando con el simple preaviso empresarial a diferencia del resto de casos, lo cual el TJUE interpretó como una medida favorecedora de la integración de los trabajadores con discapacidad al entenderla como un estímulo a su contratación²⁰³. Conviene tener esta interpretación presente, la cual adquiere especial relevancia en el posterior caso Ruiz Conejero, al cual se hará referencia posteriormente.

Resulta evidente que esta interpretación del TJUE influyó en sus posteriores resoluciones en relación con cuestiones prejudiciales planteadas a raíz de lo dispuesto en el extinto artículo 52.d) del ET y su aplicación a trabajadores que padecen dolencias asimilables a la discapacidad. En último término, esta consideración de la enfermedad en relación con la discapacidad ha sido uno de los factores de mayor envergadura en los que el RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020) se ha apoyado para argumentar la necesidad de derogación del despido objetivo por absentismo en el ordenamiento jurídico español pues

²⁰⁰ Laso Pérez, J. (2013): 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, diciembre 2013, págs. 227-293, Reseñas de jurisprudencia, pág. 264.

²⁰¹ Agustí Maragall, J. (2019): "Discriminación por razón de discapacidad...op.cit.", pág. 10.

²⁰² *Ibidem.*, pág. 11.

²⁰³ Irruti Gárate, J.C. (2018): "Volverá la obesidad al Tribunal de Luxemburgo", *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, Número 187, pág. 48.

indudablemente ha sido una de las cuestiones más controvertidas en la aplicación del derogado despido por absentismo.

5.2.2. Asunto Daouidi. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016²⁰⁴: precisión del concepto de discapacidad: el carácter duradero

Tras el pronunciamiento del TJUE en el asunto HK Danmark, resulta de interés hablar del caso Daouidi, pues el TJUE precisa la definición de discapacidad articulada en su sentencia relativa al caso HK Danmark²⁰⁵.

Resulta conveniente comenzar con el relato fáctico. El señor Daouidi ocupaba el puesto de ayudante de cocina. Tras sufrir un accidente laboral, inició un proceso de incapacidad temporal previsiblemente largo, lo cual desembocó en su despido, alegando la empresa falta de rendimiento del trabajador. El señor Daouidi presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº33 de Barcelona, solicitando que se declarase el despido nulo o improcedente de forma subsidiaria. Por su parte, este Juzgado de lo Social presenta una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE, entre las cuales pregunta si esta decisión empresarial de despedir al ayudante de cocina únicamente por el hecho de estar en IT de duración indeterminada constituye una discriminación directa por discapacidad²⁰⁶.

El TJUE, siguiendo las directrices establecidas por el asunto HK Danmark, recuerda en este asunto que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse referido a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, que puedan imposibilitar la participación plena en la actividad profesional en igualdad de condiciones durante un periodo de tiempo prolongado, sin que nada impida que dicha limitación provenga de una enfermedad o accidente. Por consiguiente, parece

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15), ECLI:EU:C:2016:917

²⁰⁵ Desdentado Daroca, E. (2017): "El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas", Revista de información laboral, nº3, págs. 119-143, pág. 7.

²⁰⁶ *Ibidem*, pág. 8.

que la clave es el carácter duradero de la limitación. El TJUE señala que corresponde al juzgador español comprobar dicho carácter en el momento en el que se adopta contra el trabajador el acto presuntamente discriminatorio, esto es, el despido, y lo debe hacer basándose en todos los elementos objetivos de los que disponga. De esta forma, determinará la aplicación o no de la Directiva²⁰⁷. Es decir, si el juzgador nacional determina que la limitación de la capacidad es duradera, se consideraría al trabajador dentro del espectro de la discapacidad, y por consiguiente sería contrario a la protección que pretende la Directiva un trato desfavorable respecto al mismo, pues de acuerdo con el artículo 2.1 de dicha directiva, estaríamos ante una discriminación.

Teniendo lo expuesto presente, el Juzgado de lo Social determina que, efectivamente, la baja del trabajador podía incluirse en la definición de duradera, y lo califica como nulo por ser constitutivo de discriminación por discapacidad.

Es necesario poner de manifiesto que, en este caso concreto, el despido efectuado era disciplinario. Sin embargo, la precisión del concepto de discapacidad que realiza el TJUE resultó relevante en cuanto a la interpretación del artículo 52.d) del ET mientras estuvo vigente en cuanto a que los supuestos de exclusión que más controversias suscitaron fueron los referidos a enfermedades.

5.2.3. Asunto Ruiz Conejero. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018²⁰⁸.

En este caso, se dirime la existencia de una posible discriminación por razón de discapacidad en un despido objetivo motivado por el absentismo del trabajador.

El litigio surge a partir del despido del Sr. Ruiz Conejero, cuyo puesto era el de limpiador en un hospital. Dicho trabajador, tenía reconocida una discapacidad (en concreto, se fijó en un grado del 37%), debido a la cual sufría una serie de

²⁰⁷ Ibidem, pág. 9.

²⁰⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16), ECLI:EU:C:2018:17.

limitaciones físicas. El trabajador se encontró en situación de IT durante diversos periodos, determinando los Servicios Médicos de la Sanidad Pública que los problemas de salud que motivaron las bajas tenían su origen precisamente en las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de su discapacidad. Por su parte, su empleador decidió hacer uso de la extinción objetiva del contrato con motivo del absentismo del trabajador en virtud del artículo 52.d) del ET, pues la duración de las ausencias acumuladas, aún justificadas, había superado los umbrales que dicho precepto establecía. Frente esta decisión, el Sr. Ruiz Conejero interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social de Cuenca, alegando discriminación por razón de discapacidad, y pidiendo la nulidad de su despido. El Juzgado de lo Social de Cuenca, al conocer el asunto, plantea cuestión prejudicial ante el TJUE, preguntándose así si la Directiva 2000/78/CE se oponía a la aplicación de la letra d) del artículo 52 del ET en el supuesto de que las ausencias computadas que habilitasen el uso de dicha herramienta fuesen causadas por la discapacidad del trabajador²⁰⁹. En este sentido, hace referencia a lo ya expuesto en relación con el caso HK Danmark en relación con la interpretación de la normativa danesa como estímulo para la contratación de personas con discapacidad. Argumenta que lo establecido con respecto a ese asunto no es aplicable en su totalidad a la normativa española dado que no existe en el artículo 52.d) del ET el elemento objetivo legislativo integrador en lo laboral, objetivo que sí que se da en la normativa danesa. Asimismo, se refiere a la falta de exclusión para el cómputo de los días de baja en dicho precepto de las ausencias motivadas por enfermedad, lo cual entiende que colisiona con la normativa europea²¹⁰.

El TJUE, en primer lugar, considera que es relevante analizar si el trabajador ante el que estamos posee la condición de discapacitado según lo establecido por la Directiva, pues pone de relieve que el hecho de que a efectos del

²⁰⁹ Monereo Pérez, J.L (2018): “La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral. Estudio jurídico crítico de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”, *Ley Unión Europea, Nº 57, Editorial Wolters Kluwer*, pág.4.

²¹⁰ Irruti Gárate, J.C. (2018): “Volverá la obesidad...op.cit., pág. 49.

Derecho nacional haya sido reconocido como tal, no implica necesariamente que lo sea a los ojos de dicha Directiva, por lo que es preciso verificarlo²¹¹, y para ello, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el TJUE en el caso HK Danmark y Daouidi.

Por otro lado, se cuestiona si a disposición nacional que en su momento habilitaba el despido, esto es, el artículo 52.d) del ET, puede dar lugar a una discriminación directa contra las personas discapacitadas. El TJUE establece que no cabe hacer esta interpretación, pues dicho precepto no establece una diferencia de trato directa entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad dado que se basa en un criterio que no está indisociablemente ligado a la discapacidad: las faltas de asistencia al trabajo. Sin embargo, sí que percibe una discriminación indirecta, ya que se considera que una persona discapacitada se encuentra más expuesta a acumular días de baja por enfermedad, lo cual se traduce en una mayor facilidad para el empresario a la hora de extinguir el contrato laboral de un trabajador discapacitado frente a uno sin discapacidad por alcanzar de forma más rápida los umbrales cuantitativos que el precepto exigía. Se observa que este argumento no es novedoso, pues ya fue utilizado por el TJUE en el caso HK Danmark previamente comentado. Sin embargo, se plantea una novedad con respecto a ese asunto. El TJUE dispone que esa diferencia de trato puede estar justificada por una finalidad legítima, como es el caso de combatir el absentismo laboral. Ya se ha señalado en numerosas ocasiones que la finalidad que perseguía el despido por absentismo era evitar el incremento indebido de los costes laborales empresariales, de forma que la excesiva morbilidad del trabajador absentista no repercuta negativamente en la competitividad de la empresa, la cual se vería abocada a hacer frente a una excesiva onerosidad sobrevenida. De acuerdo con el criterio del TJUE, combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima²¹², pues se trata de una medida de política de empleo²¹³.

²¹¹ *Ibidem*, pág.6.

²¹² De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.b) inciso i) de la Directiva 2000/78/CE, el cual establece que: *“existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas,*

En definitiva, el TJUE declara que el artículo 52.d) del ET no se oponía a la Directiva en cuestión siempre que la posibilidad que contenía este precepto de despedir a un trabajador basándose en las faltas de asistencia de éste aun justificadas pero intermitentes cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a su discapacidad, persiguiese la finalidad legítima de combatir el absentismo laboral, y no fuese más allá de lo necesario para alcanzar tal finalidad. Señala además el TJUE que es el órgano jurisdiccional nacional el que tiene el cometido de evaluar dichas circunstancias, otorgándole una serie de pautas y elementos con los que valorar si el despido por absentismo del trabajador se opone o no a la Directiva, y, por tanto, si es discriminatorio o no²¹⁴.

Ante esto, el Juzgado de lo Social²¹⁵ decide declarar como nulo el despido enjuiciado por entender, según las pautas establecidas por el TJUE en la resolución de la cuestión prejudicial, que en este caso concreto se ha producido una discriminación²¹⁶. Sostiene que la no inclusión de las ausencias motivadas por enfermedades derivadas de la discapacidad del trabajador dentro de la enumeración de exclusiones comprendida en el artículo 52.d) del ET, ocasiona que efectivamente los trabajadores discapacitados resulten más expuestos al riesgo de que se les despidan por causa de absentismo que aquellos que no lo son²¹⁷. Posteriormente, esta resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha²¹⁸, el cual señala que si bien

respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

²¹³ Monereo Pérez, J.L (2018): “La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados...op.cit., pág.6.

²¹⁴ *Ibidem*, pág.7.

²¹⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca de 7 de marzo de 2018. Núm. de Recurso 861/2015, ECLI: ES:JSO:2018:34

²¹⁶ Irruti Gárate, J.C. (2018): “Volverá la obesidad...op.cit., pág. 61.

²¹⁷ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...op.cit.*, pág. 76.

²¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1), de 10 de abril de 2019. Núm. de Recurso 664/2018. ECLI: ES:TSJCLM:2019:808

combatir el absentismo constituye una finalidad legítima, los medios establecidos para la consecución de este objetivo van más allá de lo necesario, no considerándose adecuados en relación con el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas discapacitadas (y por tanto, no adecuados en relación con la Directiva 2000/78/CE) al no excluir del cómputo de absentismo a efectos del artículo 52.d) del ET las ausencias por enfermedades derivadas de una discapacidad²¹⁹.

Teniendo presente lo expuesto, se puede llegar a la conclusión de que el artículo 52.d) del ET, de acuerdo con lo establecido por el TJUE, no constituía una causa de despido discriminatoria en si misma. Sin embargo, el hecho de que el legislador español no introdujera la exclusión de las enfermedades derivadas de la incapacidad en los supuestos no computables de absentismo, sí que produce un efecto discriminatorio, señalando a este respecto el juzgador español, en virtud de las directrices del TJUE los medios no parecen adecuados. Por lo tanto, parece que, por lo menos en este ámbito, un nuevo supuesto de faltas de asistencia excluidas del cómputo de absentismo habría solucionado la colisión apreciada del extinto precepto con la Directiva 2000/78/CE. Sin embargo, como ya se ha comentado, en la exposición de motivos del RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020) por el que se deroga el despido por absentismo, se alude a la doctrina del TJUE (concretamente al presente asunto Ruiz Conejero y a Nobel Plastiques Ibérica, al cual se hará referencia en el siguiente apartado), utilizándola como argumento para derogar el precepto en su totalidad.

5.2.4. Asunto Nobel Plastiques Ibérica. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019²²⁰.

La STJUE que estudia el caso de Nobel Plastiques Ibérica, como previamente se ha comentado, resulta también mencionada en el RDL 4/2020 (posterior Ley

²¹⁹ Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo...*op.cit., pág. 78.

²²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18). ECLI:EU:C:2019:703.

1/2020) por el que se deroga el despido por absentismo, por lo que resulta conveniente hacer una breve referencia a la misma.

En este caso, es el Juzgado de lo Social núm. 3. de Barcelona el que plantea cuestión prejudicial ante el TJUE, de nuevo en relación con la interpretación de la Directiva 2000/78/CE, pero esta vez a raíz de un despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas (en adelante, ETOP) y de producción por haber tenido en cuenta la empresa factores que pueden resultar discriminatorios para decidir a qué trabajadores se les incluye en el despido colectivo.

Veamos, en primer lugar, el relato fáctico. La empresa Nobel Plásticos Iberica decidió realizar un despido objetivo por causas ETOP, adoptando cuatro criterios con objeto de seleccionar a los trabajadores a los que iba a afectar tal despido: adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico, productividad inferior al 95%, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo. Ante esto, la señora DW resultó despedida. Esta trabajadora estuvo en situación de IT durante varios periodos a raíz de una enfermedad calificada como profesional, y decide interponer demanda solicitando la calificación de nulidad del despido por considerarlo discriminatorio, pues esta persona estaba reconocida como trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo en virtud del artículo 25 de la LPRL, y la aplicación de los criterios seleccionados le genera en su caso tal discriminación.

Ante esta situación, el TJUE concluye que la señora DW, por el mero hecho de haber obtenido la calificación de trabajadora especialmente sensible a los riesgos laborales conforme al derecho español, no implica necesariamente que sea considerada persona con discapacidad a efectos de la Directiva, siguiendo así un razonamiento similar al establecido en el caso Ruiz Conejero, correspondiendo así al órgano jurisdiccional español observar tal circunstancia de acuerdo a los criterios proporcionados por el TJUE (vid. Asunto HK Danmark y Daouidi).

En lo que respecta a la elección de los criterios para la selección de los trabajadores afectados por el despido por causas ETOP, el TJUE concluye por

una parte que no constituye una discriminación directa, pues son factores que se aplican de manera idéntica a las personas con discapacidad y sin discapacidad. Una vez más, la problemática surge en cuanto a la apreciación de discriminación indirecta. Los criterios referidos al absentismo, la polivalencia, y la productividad, suponen una desventaja para el trabajador discapacitado, ya que están más expuestos a incurrir en tales situaciones por su discapacidad. Se observa que se sigue el mismo criterio que en el resto de las sentencias del TJUE expuestas hasta el momento. Por otra parte, apunta el TJUE que no todo trato desfavorable implica la protección de la Directiva, sino que tendrá que existir una discriminación indirecta de acuerdo con el artículo 2.1 de ésta, lo cual se traduce en que el empleador no haya realizado ajustes razonables para eliminar las desventajas que suponen, en este caso, los criterios elegidos. La constatación de la puesta en marcha de estos ajustes razonables deberá realizarla el juez nacional²²¹.

Por consiguiente, se deduce que, según el TJUE, si el empresario había cumplido con esta obligación de realizar ajustes razonables, los trabajadores con discapacidad estarían en la misma situación que el resto de los trabajadores, pudiéndoseles aplicar de igual forma un despido objetivo. En aplicación al despido objetivo por absentismo, esta interpretación se podría trasladar de manera que se entiende que, de no constituir discriminación indirecta conforme a lo señalado, el empresario estaría legitimado a llevar a cabo tal despido, pues de lo contrario se estaría admitiendo que existe la obligación de conservar la relación laboral de los trabajadores con discapacidad incluso cuando no sean aptos para desempeñar ningún puesto de trabajo de los existentes en la empresa²²².

²²¹ Fernández Martínez, S. (2019): "Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, Nobel Plásticos Ibérica, S.A, *IUSLabor* 3/2019, pág.167.

²²² *Ibidem*, pág. 172.

5.3. LA COMPATIBILIDAD DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 16 DE OCTUBRE DE 2019²²³.

Llegados a este punto, podemos afirmar que el despido objetivo por absentismo regulado en el actualmente derogado artículo 52.d) del ET, ha dado lugar durante el tiempo que estuvo vigente a numerosos pronunciamientos judiciales. A continuación, se va a hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2019, la cual declara unos meses antes de la decisión de suprimir la letra d) del artículo 52 del ET como causa objetiva extintiva de la relación laboral, la constitucionalidad de dicho precepto, expresando que no es contrario ni al derecho a la integridad física (artículo 15 CE), ni al derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), ni al derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE)²²⁴.

En primer lugar, se han de mencionar los hechos que suscitaron esta resolución judicial. La trabajadora en cuestión fue despedida como consecuencia de su absentismo, alcanzando sus faltas de asistencia los umbrales que la norma requería para su aplicación. Ante esto, la trabajadora interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, solicitando así la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, así como el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, sosteniendo que el artículo 52.d) del ET constituía una “evidente amenaza o coacción hacia el trabajador enfermo, al disuadirle de permanecer en situación de incapacidad temporal por temor a ser despedido”. Ante esto, dicho juzgado decide plantear cuestión de constitucionalidad respecto del artículo 52.d) del ET por posible vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 de la CE, fundamentando su duda con respecto a la

²²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre de 2019. ECLI:ES:TC:2019:118. Cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre

²²⁴ Gómez Salado, M. Á. (2020). El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos...op.cit., pág.87.

constitucionalidad de este artículo en cuanto a que habilita a la empresa a despedir a un trabajador “por ausencias cuya causa no depende de la voluntad del trabajador, ausencias por enfermedad que no puede ni debe evitar, pues lo contrario podría comprometer su salud”, recordando asimismo lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT al que ya se ha hecho referencia en múltiples ocasiones. Se debe resaltar que, en este caso, el juzgado no cuestiona la incompatibilidad del precepto del ET con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, ya que entiende que la doctrina establecida por el TJUE (a la que ya se ha hecho referencia en los apartados anteriores) ya se había pronunciado al respecto²²⁵.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional debía examinar en el presente caso la posible contradicción del artículo 52.d) del ET con los preceptos señalados, no sin antes recordar que el despido objetivo por absentismo perseguía un “*interés legítimo, no desprovisto de fundamento constitucional*”, el cual se fundamenta en la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la CE. A partir de esta premisa, el TC aclara que el absentismo constituye un perjuicio de los intereses legítimos del empresario, lo cual explica que el legislador le proporcione herramientas para paliar las consecuencias negativas ocasionadas. Este razonamiento no contraviene en ningún momento a la doctrina del TJUE, que reconoce igualmente como finalidad legítima la persecución del absentismo laboral, disponiendo los Estados miembros de un amplio margen de apreciación en materia de política social y empleo.

A continuación, se va a hacer referencia a cada derecho que suscitó la cuestión de inconstitucionalidad.

En lo que respecta a la eventual vulneración del derecho a la integridad física (artículo 15 CE), el TC reitera su doctrina sobre la interpretación de este derecho, señalando que éste protege a todas las personas, incluidos los trabajadores, frente a actuaciones materiales, o no materiales, que dañen la integridad corporal o supongan un peligro grave y cierto para su salud. Teniendo esto presente, una orden empresarial en relación con las bajas de un trabajador se puede entender como una actuación no material, pero solo

²²⁵ *Ibidem*, pág.89.

cuando generase un peligro grave y cierto para la salud del afectado se consideraría según la doctrina constitucional, una vulneración de este derecho. Por lo tanto, y considerando lo que disponía el artículo 52.d), no percibe el TC que una acción empresarial que se limitase a autorizar un despido fundamentado en el absentismo del trabajador pudiese suponer un riesgo o daño de tal calibre como para estimar vulnerado el derecho a la integridad física del trabajador despedido. Para sostener esta afirmación, alude al hecho de que el en artículo 52 del ET ya se excluían los supuestos que mayores perjuicios riesgos podían suponer para la salud de los trabajadores afectados (en concreto, se menciona bajas médicas de larga duración y enfermedades graves), los cuales, en último término, y según el razonamiento efectuado por el tribunal, sí que podrían afectar a la esfera de protección del derecho a la integridad en el sentido expuesto. Además, el TC recuerda que la causa de extinción de la relación laboral que recogía el artículo 52.d) del ET no era la enfermedad en si misma, sino la “reiteración intermitente del número de faltas de asistencia al trabajo, justificadas o no, que hayan tenido lugar en un determinado período de tiempo”²²⁶.

En segundo lugar, estudia el TC la posible contradicción del despido objetivo por absentismo con el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43.1 CE. Frente al razonamiento expuesto por el juzgado que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, el cual considera que lo que establecía el artículo 52.d) del ET podía condicionar al trabajador enfermo, en el sentido de empujarles a acudir al trabajo en tal estado comprometiendo su salud, el TC señala que “*no cabe entender que con esa regulación el legislador este desprotegiendo la salud de los trabajadores*”. Argumenta el Alto Tribunal que, aunque bien es cierto que puede existir el mencionado condicionamiento, en ningún momento se obstaculiza el acceso a asistencia sanitaria, la cual se prestará en todo momento a través de los servicios sanitarios del sistema nacional de salud que correspondan²²⁷. Por otra parte, incide una vez más en

²²⁶ Moreno Gené, J. (2020): “La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Nº55, pág. 73.

²²⁷ *Ibidem*, pág. 74.

que se preveían supuestos no computables a efectos de la decisión extintiva, la mayoría de los cuales, como ya se ha señalado, aluden a situaciones que pueden afectar a la salud del trabajador.

La última cuestión a la que se refiere el TC es a la posible contradicción del precepto que recogía el despido por absentismo y el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE. Ante esto, el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad apunta que el mencionado interés legítimo referido a combatir el absentismo laboral que perseguía el artículo 52.d) del ET, puede conseguirse por otros medios menos lesivos para el trabajador, como puede ser el establecimiento de *“primas específicas fruto de la negociación colectiva”*. Por su parte el TC señala que el artículo 52.d) del ET no afectaba al acceso al empleo, sino a su conservación, y hace referencia a su doctrina recordando que el artículo 35.1 de la CE se refiere a *“la existencia de una reacción adecuada contra el despido”*, cosa que no se cuestionaba en relación con el artículo 52.d) del ET. Por otra parte, argumenta también que el despido por absentismo no prescindía de elemento causal, pues respalda la decisión extintiva en las faltas de asistencia, un hecho objetivo, al mismo tiempo que prevé una indemnización para el trabajador despedido, a través de la cual se pretende compensarle por la limitación que el artículo 52.d) del ET suponía en cuanto a su derecho de estabilidad o continuidad en el empleo, encontrando esta medida su fundamento constitucional en el artículo 38 de la CE referido a la libertad de empresa²²⁸. Por consiguiente, el Alto Tribunal tampoco observa vulneración del derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 CE, ya que, aunque reconoce la limitación que supone a la estabilidad en el empleo de los trabajadores, afirma que persigue una finalidad legítima.

Por todo lo expuesto, el TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad, estableciendo que era cometido de la jurisdicción social controlar que la aplicación del despido objetivo por absentismo a cada caso concreto no fuese *“más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los*

²²⁸ Gómez Salado, M. Á. (2020). El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos...op.cit., pág.91.

intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen la duración establecida por la norma”.

No se puede concluir este apartado sin antes hacer referencia a la doctrina contenida en los votos particulares de esta sentencia, los cuales no comparten la opinión mayoritaria del TC en cuanto a la vulneración de los derechos mencionados en esta sentencia.

En cuanto al primer voto particular, la magistrada Dña. María Luisa Balaguer Callejón, cuestiona que la invocación del derecho de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la CE se considere suficiente para anteponerse la productividad y rentabilidad de la empresa ante el derecho a la integridad física y moral de los trabajadores, así como a *“un valor tan esencial como es la protección de la salud humana, que tan directa relación presenta con los derechos del artículo 15 de la CE”*. De acuerdo con la opinión de la magistrada, la salud del trabajador se vería comprometida, casi con toda seguridad, en los casos en que se utilizase el artículo 52.d) del ET para extinguir el contrato del trabajador por sus ausencias derivadas de una enfermedad de corta duración. Además de mencionar la salud del trabajador, apunta que el hecho de que éste se viese abocado a acudir a su puesto de trabajo enfermo por temor a ser despedido por su absentismo podría suponer graves riesgos de salud pública. Bajo estas premisas, concluye que la protección de la integridad física, de la salud individual, y de la salud pública, deben en todo caso primar frente a la defensa de la productividad de una empresa²²⁹.

El magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré formula asimismo un voto particular, al que se adhiere posteriormente el magistrado D. Cándido Conde-Púmpido Tourón. Manifiesta, por una parte, que y en lo respectivo al derecho fundamental a la integridad física que coincide con la resolución del TC. Tampoco percibe vulneración directa del artículo 43 CE por no existir una exclusión de la prestación sanitaria. Por otra, hace referencia a la incompatibilidad entre el artículo 52.d) del ET y el derecho al trabajo (artículo 35.1 de la CE) por no considerar que combatir el absentismo constituye justa

²²⁹ Gómez Salado, M. Á. (2020). El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos...op.cit., pág.93.

causa, ya que dicha causa “*segrega, disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado solo en la existencia misma de la enfermedad*”. Entiende el magistrado que el derecho a la salud se encuentra en la base del régimen extintivo que recogía el artículo 52.d) del ET, pues no es este derecho una previsión constitucional “vacía de contenido”. Siguiendo este razonamiento, entiende que existe una vinculación con el derecho al trabajo, por lo que “*el juicio de constitucionalidad ha de atender a esta conexión*”. Concluye que existe inconstitucionalidad por omisión, pues al no considerar que exista justa causa para rescindir el contrato laboral, por ser “*contrario a la protección de la salud la amenaza de no mantenimiento del puesto de trabajo*”, se lesiona el artículo 35.1 de la CE²³⁰.

El magistrado Juan Antonio Xiol Ríos se adhiere también a los votos particulares, siendo en total cuatro los magistrados discrepantes con la resolución del TC que proclamó la constitucionalidad del ya extinto artículo 52.d) del ET.

En definitiva, lo que hace el Alto Tribunal en esta controvertida resolución es reconocer que la utilización del artículo 52.d) del ET constituía una limitación de los derechos en cuestión (recordemos, derecho a la integridad, derecho a la salud y derecho al trabajo), pero sin llegar a producirse la vulneración de estos de acuerdo con su doctrina. Considera que la persecución de la eliminación del absentismo laboral constituye un fin legítimo, lo cual supone que en la ponderación entre la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) y estos derechos, prime la libertad de empresa siempre y cuando no se fuese más allá de lo necesario para la consecución de tal fin, correspondiendo a la jurisdicción social controlar esto último.

Siguiendo el razonamiento del TC, podemos plantearnos si el artículo 52.d) recogía una herramienta adecuada para combatir el absentismo laboral, partiendo de la base de que se considere objetivo legítimo. Pues bien, hay quien argumenta que el mecanismo que establecía dicho precepto no era ni mucho menos adecuado, ya que possibilitaba la extinción de la relación laboral por faltas ocasionales de un trabajador con el fin de defender la productividad

²³⁰ *Ibidem*.

de la empresa en abstracto, sin tomar en cuenta otros factores como pueden ser la situación económica de la empresa, su tamaño, beneficios...²³¹. Parece razonable considerar que para estimar la persecución del absentismo como un fin legítimo que justifique la extinción del contrato laboral, su fundamento debería de ser la defensa de la productividad real de una empresa, no en sentido abstracto como se deduce de la sentencia del TC y la última regulación vigente de este tipo de despido.

Por otra parte, también fue criticada la desproporcionalidad de la medida de extinguir el contrato laboral para alcanzar la reducción del absentismo, ya que el artículo 52.d) del ET, como hemos visto, excluía del cómputo de ausencias una serie de supuestos relacionados con la afectación a la salud del trabajador, pero sin que dicho enunciado contemplase la totalidad de situaciones de enfermedad en las que puede encontrarse el trabajador, lo cual provocaba una desprotección al trabajador enfermo por no existir, desde esta perspectiva, justa causa para poner fin a la relación laboral²³².

Siguiendo este hilo, podemos concluir que las limitaciones a los derechos de la integridad, la salud y el trabajo que introducía el artículo 52.d) del ET, las cuales habían sido reconocidas por el TC, no deberían haberse entendido justificadas por un “pretendido derecho a la productividad en abstracto”, derivado del artículo 38 de la CE por el cual se reconoce la libertad de empresa²³³. Sin embargo, este hecho tampoco puede servir como fundamento para la supresión total de este artículo del ordenamiento jurídico laboral español.

5.4. SITUACIÓN TRAS EL RDL 4/2020. ¿EXISTE LA NECESIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE UN INSTRUMENTO DE CONTROL DEL ABSENTISMO LABORAL?

Como ya se ha comentado con anterioridad, tan solo unos meses después de que el Tribunal Constitucional declarase la constitucionalidad del despido

²³¹ Moreno Gené, J. (2020): “La extinción del contrato por absentismo...op.cit., pág. 101.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibidem*.

objetivo por absentismo, el Gobierno, a través del RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020) derogó el controvertido artículo 52.d) del ET.

Resumidamente, se puede sustraer de lo recogido en el preámbulo de dicha norma que la base sobre la que se deroga el precepto es la falta de adecuación y proporcionalidad que requiere el TJUE (en el sentido expuesto en el apartado del presente trabajo en el que se tratan las últimas resoluciones del TJUE pertinentes), lo cual puede desembocar, en determinadas situaciones, en discriminaciones hacia el trabajador. Esta falta de adecuación y proporcionalidad se conecta con la aplicación del artículo 52.d) del ET, tildada de automática precisamente por no asegurar la posibilidad de juicio de estas cuestiones²³⁴.

Tras la derogación del artículo 52.d) del ET, surgen una serie de dudas que pueden resultar de interés.

En primer lugar, cabe preguntarse a partir de qué fecha no opera la causa de despido objetivo por absentismo, a lo cual da respuesta la disposición final segunda del RDL 4/2020 al establecer que *“el presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE”*. La publicación tuvo lugar el 19 de febrero de 2020, por lo que a partir del día 20 de febrero de 2020 ha sido posible invocar a esta causa para despedir a un trabajador.

Una vez teniendo clara la fecha a partir de la cual no se puede aplicar el despido objetivo por absentismo, nos podemos plantear qué ocurre con los procedimientos de reclamación judicial en curso o realizados hasta la fecha indicada, es decir, al posible efecto retroactivo de la derogación de esta causa de despido objetivo, pues en el RDL 4/2020 no recoge ninguna regla de derecho transitorio, lo cual provoca cierta incertidumbre en cuanto a su ámbito temporal de aplicación. Lo cierto es, que teniendo en cuenta que la norma pretende incidir en la estabilidad en el empleo, parece razonable que se entienda que disfruta de efecto retroactivo máximo, pero en todo caso, el RDL

²³⁴ Gómez Salado, M. Á. (2020). El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos...op.cit., pág.100.

4/2020 tendría que haber previsto esta cuestión²³⁵. Se puede entender también en sentido contrario, argumentando que, al haber omitido la referencia a los efectos retroactivos de la nueva norma, se debería aplicar la regla general de irretroactividad contenida en el artículo 2.3 del CC²³⁶.

Por último, nos podemos preguntar si tras la derogación del despido objetivo por absentismo sigue siendo posible extinguir un contrato laboral por faltas de asistencia. Lo cierto es que se debe señalar que el despido por absentismo laboral injustificado sigue estando presente en nuestro ET (artículo 54.2.a), y consecuentemente, será calificado de procedente. En cuanto al despido por absentismo por causas justificadas, si bien el precepto que lo recogía ha sido derogado por el RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020), esta norma no lo prohíbe, por lo que se puede apuntar que la mera derogación no supone una plena supresión de su uso para despedir a un trabajador, ya que se puede reconducir a alguna otra causa objetiva de las letras del artículo 52 del ET que siguen vigente, por ejemplo, la ineptitud sobrevenida. Lo único que se ha conseguido con la derogación, por tanto, es que el eventual despido fundamentado indirectamente en el absentismo, pero utilizando otra causa objetiva, será calificado en todo caso como improcedente, a no ser que exista una causa de nulidad. La calificación de improcedencia supone que el empresario deberá pagar una indemnización algo más alta que la que está prevista para el despido objetivo²³⁷, lo cual, a simple vista parece que no termina de solucionar la

²³⁵ Gómez Salado, M. Á. (2020). El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos...op.cit., pág.102, citando a Molina Navarrete, C. (2020): 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: <https://www.laboral-social.com/adios-despido-absentismo-justificado-rdl-4-2020.html> [consulta: 8/07/2020].

²³⁶ Gómez Salado, M. Á. (2020). El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos...op.cit., pág.103.

²³⁷ De acuerdo con el artículo 56.1 del ET, la indemnización por declaración de improcedencia es la correspondiente a 33 días de salario cada año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades. Recordemos que para el despido objetivo se prevé una indemnización de 20 días por año trabajado, con un máximo esta vez de 12 mensualidades.

problemática que planteaba la utilización del artículo 52.d) del ET, pudiéndose decir incluso que no se impide el “uso mercantil de la salud del trabajador” al seguir siendo posible su despido aunque se dificulte al empresario su uso por conllevar un coste más alto²³⁸.

Por lo tanto, de lo expuesto se puede deducir que con la reciente derogación del despido por absentismo no se han solventado todos los problemas que suponía su articulación como causa objetiva de despido en el ET. Resultaría idóneo que existiese algún tipo de mecanismo en el ordenamiento jurídico laboral español que diese una respuesta más clara, efectiva y garante que la que daba el artículo 52.d) del ET, o incluso que la situación en la que nos deja su derogación. Incidir además en que el absentismo laboral, tal y como se ha señalado en el apartado referido a su impacto económico, es un fenómeno problemático en España, y que altos niveles de absentismo podrían ocasionar graves efectos en nuestro tejido empresarial.

Por último, es necesario hacer una breve referencia a la crisis sanitaria derivada del COVID-19, a raíz de la cual se han promulgado varios RDL con objeto de proporcionar una serie de medidas que suavicen su impacto en la economía española. Es evidente que, desde el brote de esta pandemia en España, han aumentado el número de ausencias al trabajo como consecuencia de trabajadores que han resultado infectados o que han tenido que ser aislados. En este segundo supuesto, los trabajadores no enfermos pero que han sido aislados por motivos de precaución, se veían en una situación de incertidumbre, por lo que a través del artículo 5 del RDL 6/2020²³⁹, modificado después por la disposición final 1 del RDL 13/2020²⁴⁰, se asimila su situación de forma excepcional al accidente de trabajo, causa que recordemos, constituía

²³⁸ Gómez Salado, M. Á. (2020). El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos...op.cit., pág.105.

²³⁹ Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. «BOE» núm. 62, de 11/03/2020.

²⁴⁰ Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. «BOE» núm. 98, de 08/04/2020.

uno de los supuestos excluidos del cómputo de ausencias a efectos del derogado artículo 52.d) del ET. Se puede hacer referencia asimismo al artículo 9 del RDL 19/2020, el cual establece que se considerará contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o sociosanitarios como consecuencia de contagio de COVID-19, aplicable hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma. Se observa que, a parte de las implicaciones en cuanto a retribución de estas medidas, pueden influir en el tratamiento de las ausencias de los trabajadores, y es que, aunque el despido objetivo por absentismo ya no está vigente y es donde tendría clara incidencia en cuanto a la determinación de faltas de asistencia computables, el hecho de que el legislador decida otorgar a estas faltas la asimilación con enfermedad profesional o accidente de trabajo, hace menos probable que el empresario, por ejemplo, ante un trabajador en aislamiento, decidir rescindir el contrato reconduciéndolo a otra causa.

Por otra parte, la crisis sanitaria también ha supuesto la proliferación del teletrabajo, habiendo sido incluso declarado como preferente frente al trabajo presencial. Esto puede originar una nueva problemática en lo que al absentismo laboral se refiere, ya que el trabajo telemático es más difícil de controlar, por lo que se pueden incrementar considerablemente los niveles de absentismo de una empresa, a la vez puedan darse situaciones de presencias “ficticias”.

No cabe duda de que esta nueva situación puede acarrear consecuencias nefastas, tanto para empresas como para trabajadores. Surge la necesidad de la regulación de mecanismos, ya sea en el ET o en la negociación colectiva, que aporten soluciones a la par que una mayor seguridad jurídica.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA. El absentismo laboral es un fenómeno complejo y de presencia constante en la sociedad. Depende de factores muy diversos, como pueden ser los psicológicos, económicos, relacionados con la empresa concreta en la que se trabaja, sociológicos... Asimismo, repercute en distintos ámbitos, ya sea a nivel individual del trabajador absentista, a nivel empresarial, o a nivel de la

sociedad en su conjunto. Una elevada tasa de absentismo puede tener un efecto muy negativo en las empresas, ya que afecta a su normal funcionamiento, viéndose obligadas a asumir unos costes adicionales. Las mayores perjudicadas por el absentismo laboral son las pymes, ya que, debido a su tamaño, las consecuencias negativas que acarrear repetidas ausencias de sus trabajadores resultan acentuadas. Además, las estadísticas nos confirman que el absentismo laboral es un fenómeno que tiene presencia en España.

SEGUNDA: El ordenamiento jurídico laboral, consciente de la problemática que supone el absentismo, consideró oportuno introducirlo como causa de extinción objetiva del contrato de trabajo. Este supuesto de extinción se encontraba recogido en el ya derogado artículo 52.d) del ET. Sin embargo, la redacción del mencionado precepto sufrió numerosos cambios durante las aproximadas cuatro décadas en las que estuvo vigente, motivadas en parte por las resoluciones judiciales en la materia y por las circunstancias y preocupaciones sociales de cada momento. El artículo 52.d) del ET acabó siendo un precepto deficiente, oscuro, poco claro y habitualmente inmerso en controversias en cuanto a su aplicación.

TERCERA: Los requisitos que establecía el artículo 52.d) que habilitaban la procedencia de esta causa de despido, suponían que su ámbito de aplicación se encontraba muy limitado, motivo por el cual no se invocaba de forma muy habitual a esta causa para extinguir un contrato de trabajo. Sin embargo, la reforma laboral del 2012 flexibilizó estos requisitos, aumentando así la frecuencia con la que los empresarios acudían a esta causa. Esta reforma fue ampliamente criticada, básicamente por prescindir de uno de los elementos que más objetivaban el despido por absentismo: la concurrencia del índice de absentismo global además de las ausencias individuales del trabajador despedido.

CUARTA: Las resoluciones judiciales acontecidas en los últimos años, con especial relevancia las provenientes del TJUE, han puesto en evidencia las deficiencias de la regulación del despido objetivo por absentismo. Se puede señalar que la mayor problemática (o en la que más se ha incidido) es que

dicho precepto permitía el cómputo de ausencias, aun justificadas, las relacionadas con el padecimiento de una enfermedad o una discapacidad. No son pocos los que veían esto como una cuestión incompatible tanto con el Derecho de la Unión Europea, la normativa internacional (con referencia específica al Convenio 158 de la OIT) y la Constitución Española (con especial incidencia en el derecho a la vida, a la integridad). Sin embargo, no se puede reducir el despido objetivo por absentismo laboral al “despido de personas enfermas”, pues como se ha visto a lo largo de este trabajo, el absentismo laboral afecta a muchas dimensiones.

QUINTA: A raíz de todo lo expuesto, parecía necesaria una reforma del precepto en cuestión que pusiese fin a las constantes controversias que rodeaban a esta figura y que además aportase más seguridad jurídica en su aplicación, pues era habitual también encontrarse con resoluciones judiciales contradictorias. Sin embargo, no parecía imprescindible pasar por la derogación total de esta causa extintiva como ha acabado sucediendo.

SEXTA: La derogación del artículo 52.d) del ET a través del RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020), no solventa ni mucho menos los problemas que se han puesto de manifiesto. El propósito principal de la derogación de esta causa es precisamente la protección de los trabajadores especialmente indefensos, es decir, los enfermos y discapacitados, de forma que no vean extinguida su relación laboral como efecto colateral de su situación. Sin embargo, la redacción del RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020), al igual que el precepto que deroga, adolece de algunas deficiencias, pues como se ha puesto en relieve, no prohíbe el despido objetivo por absentismo, lo que conlleva que, en general, se va a poder acudir igualmente a otras formas de extinción objetiva para despedir a un trabajador absentista, siendo la única novedad que el despido va a calificarse, en principio, de improcedente o nulo, según la situación particular. Esto supone que, a fin de cuentas, y en la mayoría de los casos, si el empresario quiere prescindir de un trabajador con motivo de su absentismo, lo único que ha conseguido el RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020) es encarecer este despido, ya que se aplicará la indemnización dispuesta para los despidos improcedentes en lugar de la establecida para los despidos objetivos. Es más, podríamos incluso plantearnos la posibilidad de que tal despido se calificase de

procedente. Podría darse una situación como la tratada en el asunto Nobel Plastiques Ibérica, en la que uno de los criterios para decidir a qué trabajadores concretos se les va a aplicar un despido colectivo fundado en causas ETOP, sea el nivel de absentismo individual. Tras la resolución del mencionado caso por el TJUE, parece que se abre esta posibilidad siempre y cuando los trabajadores despedidos no tengan la condición de discapacitados en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

SÉPTIMA: Se puede señalar también que, con la derogación del artículo 52.d) del ET, se ha otorgado a los trabajadores una mayor protección (aunque deficiente, como se expone en la conclusión anterior). Sin embargo, no es conveniente olvidarse completamente de las empresas, puesto que, aunque es cierto que es materialmente injusto despedir a un trabajador por ausencias derivadas de una enfermedad y puede quedar limitado su derecho a la salud o a la integridad, tampoco es razonable que las empresas se vean abocadas a soportar todos los costes que les supone mantener a dichos trabajadores. Por lo tanto, parece que, si se imposibilita el despido objetivo por absentismo, sería conveniente que fuese acompañado de otro tipo de acciones para compensar a las empresas por la onerosidad sobrevenida en que incurriese, sobre todo teniendo en cuenta que la mayor parte del tejido empresarial español está formado por pymes, y altas tasas de absentismo en este tipo de empresas pueden resultar extremadamente nocivas.

OCTAVA: La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 plantea nuevos retos relacionados con el absentismo laboral. Se están produciendo situaciones inéditas, como la imposición de periodos de aislamiento, la proliferación del trabajo telemático, o el aumento de bajas médicas por infección del virus, lo cual incide en el absentismo laboral, el cual previsiblemente va a verse incrementado. Parece necesario que el ordenamiento jurídico laboral dé una respuesta a esta nueva situación de incertidumbre.

7. PROPUESTAS

En este último apartado se van a realizar una serie de propuestas de *legiferanda* en relación con la regulación del despido objetivo por absentismo.

Una primera opción, sería volver a regular el artículo 52.d) del ET, pero de una forma más clara con el fin de evitar la multitud de problemas interpretativos que, como se ha comentado a lo largo este trabajo, su anterior redacción presentaba. Se podrían establecer unos umbrales temporales y numéricos similares a los contenidos en la última redacción vigente, pero esta vez especificando aquellas cuestiones que tuvieron que ser interpretadas por los tribunales por su falta de claridad, como por ejemplo la forma de realizarse el cómputo de fecha a fecha tal y como se desprendía de las últimas resoluciones al respecto. De la misma manera, convendría establecer un listado más exhaustivo de los supuestos excluidos del cómputo de ausencias con especial atención a los supuestos que más problemas de interpretación han presentado, como puede ser lo relativo a las enfermedades graves, ya que es una referencia ambigua que requiere precisión. Asimismo, y con el fin de elaborar un precepto acorde con lo establecido en las resoluciones del TJUE, sería conveniente excluir del cómputo de ausencias las relativas a la discapacidad, de forma que se evitarían posibles discriminaciones en el sentido manifestado por el TJUE. Además, si se quiere otorgar una mayor protección a los trabajadores, se podrían excluir igualmente las faltas de asistencia derivadas de enfermedades o accidentes no laborales en todo caso, y no solo cuando superasen los veinte días que disponía la redacción anterior. Una regulación ideada de esta manera estaría además en consonancia con los votos particulares de la sentencia del TC del 16 de octubre de 2019, que como hemos visto vienen a declarar que una limitación al derecho a la salud y a la integridad no puede estar nunca justificada por un fin económico, como puede ser combatir el absentismo laboral. Parece lógico, que, si se tomase esta dirección, se tendrían que idear también una serie de medidas de apoyo a las empresas para que el mantenimiento de trabajadores con altas tasas de absentismo no supusiera la insostenibilidad de esta en el tiempo, cuestión de vital importancia para las pymes. Igualmente convendría que se promoviese un mayor control de los trabajadores con múltiples ausencias respaldadas en la enfermedad, ya que, sobre todo en aquellas ausencias de corta duración, puede existir cierto fraude, que es también lo que intentaba erradicar el artículo 52.d) del ET.

Otra opción posible, suponiendo igualmente la vuelta del artículo 52.d) del ET, aunque menos garantista para los trabajadores que se ven inmersos en una enfermedad o accidente no laboral de corta duración (por ejemplo, los enfermos crónicos), sería excluir del cómputo de absentismo tan solo las ausencias relacionadas con la discapacidad, y, por tanto, también las enfermedades derivadas de dicha discapacidad. De esta manera se estarían evitando así posibles discriminaciones indirectas a estos trabajadores, y obteniendo a la vez una regulación más acorde con la Directiva 2000/78/CE. Recordemos que combatir el absentismo, a ojos del TJUE, es una finalidad legítima en sí misma al tratarse de una medida de política de empleo, pero los medios para su consecución deben ser adecuados y no ir más allá de lo necesario. En este sentido, se puede interpretar que la extinción objetiva del contrato por absentismo por faltas de asistencia derivadas de una discapacidad va más allá de lo necesario, lo cual justificaría su exclusión de los supuestos computables. Siguiendo este mismo razonamiento, pero esta vez en sentido contrario, podría justificarse la decisión de no excluir del cómputo las ausencias derivadas de enfermedad o accidente no laboral de corta duración. Además, no sería contrario a lo establecido por la sentencia del TC del 16 de octubre de 2019, ya que esta declara, por una parte, la constitucionalidad de esta causa de extinción objetiva, y por otra, la no vulneración de los derechos a la salud y a la integridad de los trabajadores, aunque sí que se vean limitados.

Por último, cabe la opción de mantener el artículo 52.d) del ET derogado, situación actual. Sin embargo, para que esta medida fuese efectiva, se tendrían que solventar las deficiencias a las que se ha hecho referencia en el apartado correspondiente en este trabajo. Por ejemplo, sería conveniente prohibir la extinción de la relación laboral por cualquier tipo de ausencias justificadas, disposición que se podría haber incluido en el RDL 4/2020 (posterior Ley 1/2020) para evitar futuros usos fraudulentos por parte de los empresarios del resto de causas objetivas de extinción del contrato en un intento de reconducir el absentismo a alguna de ellas. Además, tal y como se ha comentado en cuanto a la primera opción posible, se deberían idear una serie de medidas de apoyo a las empresas para que los costes adicionales a los que incurren por no poder despedir al trabajador absentista por causa justificada no recaigan

únicamente sobre ellas, y no hagan imposible su sostenibilidad en el tiempo. Esta última opción es sin duda la más garantista para los trabajadores, pero tiene el peligro de derivar en un incremento excesivo del absentismo, así como en el fraude por parte de los trabajadores si lo entienden como un entorno más permisivo y sin consecuencias. La negociación colectiva también sería clave en cuanto a este último aspecto, evitando a través de distintas medidas (menos lesivas que la extinción del contrato) que el absentismo laboral afectase en profundidad al normal funcionamiento de la empresa, lo cual es, al fin y al cabo, lo que debería pretender cualquier regulación del despido objetivo por absentismo, sin dejar de lado, claro está, la protección de los derechos de los trabajadores.

8. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Gómez Salado, M. Á. y Vila Tierno, F. A. (2019) *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares.

Goerlich Peset, J. M. et al. (2019) *Derecho del trabajo*. 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Romero Burillo, A., Moreno Gené, J. (2013) *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*. Tirant lo Blanch.

Sala Franco, T. & Goerlich Peset, J. M. (2016) *Comentarios al Estatuto de los trabajadores libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ARTÍCULOS

Agustí Maragall, J. (2019): "Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en*

Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre Applying EU Anti-Discrimination Law.

Alzaga Ruiz, I. (2011): “El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, Nº150, págs.387-420.

Arias Domínguez, A. (2012): “La Reforma Laboral de 2012 (I): Absentismo (1)”. Disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/la-reforma-laboral-de-2012-i-absentismo-1>

Cabero Morán, E. (2019): El controvertido despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes, *Trabajo y Derecho*, nº60, Sección Legislación/ Observatorio temático de legislación, Wolters Kluwer, págs 1-2.

Desdentado Daroca, E. (2017): El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de información laboral*, nº3, págs. 119-143.

Fernández Martínez, S. (2019): “Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, Nobel Plásticos Ibérica, S.A”, *IUSLabor* 3/2019.

Gárate Castro, F.J. (2000): “Apuntes sobre la Ley 39/99, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista xurídica galega*, Nº26, págs.13-26.

Gómez Salado, M.A (2019): “El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido al “tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”, [Revista andaluza de trabajo y bienestar social](#), Nº 148, págs.189-214.

Gómez Salado, M.A (2020): “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”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 79-108.

Guindo Morales, S. (2018): "Configuración y régimen jurídico de las faltas de asistencia al trabajo con motivo de extinción del contrato por circunstancias objetivas tras las últimas reformas laborales: problemática actual y propuestas de mejora", *Revista de Información Laboral num. 12/2018 parte Artículos doctrinales. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.*

Irruti Gárate, J.C. (2018): "Volverá la obesidad al Tribunal de Luxemburgo", *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia, Número 187.*

Laso Pérez, J. (2013): "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, diciembre 2013, págs. 227-293, Reseñas de jurisprudencia.*

Maneiro Vázquez, Y (2016): "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo, Núm. 191 (Octubre) Estudios.* Disponible en: <https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/La%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20Directiva%202000%2078CE%20por%20el%20Tribunal%20de%20Justicia.pdf>

Martínez, R. y Jané, P. (2014): "In the polysemy of the term absenteeism, an attempt to concretion of the necessary conditions of the concept", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, no. 11.

Molina Navarrete, C. (2012): "La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y "versos sueltos", *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, núm. 352.

Monereo Pérez, J.L. y Guindo Morales, S. (2019): "Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores", *Revista de jurisprudencia laboral*. Núm.7.

Monereo Pérez, J.L (2018): "La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral. Estudio jurídico crítico de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-

270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”, *Ley Unión Europea, N° 57, Editorial Wolters Kluwer*.

Moreno Gené, J. (2019): “La nulidad del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo derivadas de enfermedad relacionada con la discapacidad del trabajador a propósito de la STSJ de Castilla-la Mancha de 10 de abril de 2019”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N.º57, págs. 111-130*.

Moreno Gené, J. (2019): “El arco temporal del absentismo individual exigido por el artículo 52.d) ET y sus reglas de cómputo en la doctrina del Tribunal Supremo: Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero y 4 de febrero de 2019”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, N.º 53*.

Moreno Gené, J. (2020): “La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, N°55, págs. 62-106*.

Poquet Catalá, R. (2012): “La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012”, *Actualidad laboral, N° 11*.

Porret Gelabert, M. (2012): “El absentismo laboral en la empresa privada española”, *Revista técnico laboral , Vol. 34, N°. 131, 2012, págs.5-81*.

Romero Burillo, A.M (2011): “La reformulación de las causas de extinción del contrato de trabajo: la nueva regulación del absentismo laboral”, *XXI Jornades Catalanes de Dret Social, Lleida*.

Romero Burillo, A.M y Moreno Gené, J. (2015): “El recurso al Convenio 158 OIT por parte de los órganos judiciales como límite al despido por absentismo del trabajador”, *Jornada Internacional, Protección de los Derechos Sociales desde el Ámbito Internacional, Valencia, 15 de octubre de 2015*.

Serrano Argüello, N. (2008): “Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el Derecho se aleja de la justicia”, *IUSTEL. Revista General de*

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, diciembre 2008, nº 18, págs. 1-22.

Torres Colmenares, C. y Zaldivar de la Rica, A. (2019): “El despido objetivo por ausencias, aun justificadas, pero excesivas: el delicado equilibrio entre el derecho del trabajador a ausentarse justificadamente de su puesto de trabajo y el derecho del empresario a no soportar situaciones excesivamente gravosas”, *2019 Práctica para abogados, edición nº1, LA LEY.*

INFORMES

Adecco (2019): VIII Informe sobre absentismo, *The Adecco Group Institute.*

9. ANEXOS

9.1. ANEXO I: TABLAS

Tabla 1. Listado de enfermedades graves (a efectos del reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave)

ENFERMEDADES GRAVES	
ONCOLOGÍA	HEMATOLOGÍA
1. Leucemia linfoblástica aguda; 2. Leucemia aguda no linfoblástica; 3. Linfoma no Hodgkin; 4. Enfermedad de Hodgkin; 5. Tumores del Sistema Nervioso Central; 6. Retinoblastomas; 7. Tumores renales; 8. Tumores hepáticos; 9. Tumores óseos; 10. Sarcomas de tejidos blandos; 11. Tumores de células germinales; 12. Cualquier otra enfermedad oncológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.	13. Aplasia medular grave (constitucional o adquirida); 14. Neutropenias constitucionales graves; 15. Hemoglobinopatías constitucionales graves; 15 bis. Cualquier otra enfermedad hematológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio
ERRORES INNATOS DEL METABOLISMO	ALERGIA E INMUNOLOGÍA
16. Desórdenes de aminoácidos (fenilcetonuria, tirosinemia, enfermedad de la orina con olor a jarabe de arce, homocistinuria y otros desórdenes	24. Alergias alimentarias graves sometidas a inducción de tolerancia oral; 25. Asma bronquial grave; 26.

<p>graves); 17. Desórdenes del ciclo de la urea (OTC); 18. Desórdenes de los ácidos orgánicos; 19. Desórdenes de carbohidratos (glucogenosis, galactosemia, intolerancia hereditaria a la fructosa y otros desórdenes graves); 20. Alteraciones glicosilación proteica; 21. Enfermedades lisosomiales (mucopolisacaridosis, oligosacaridosis, esfingolipidosis y otras enfermedades graves); 22. Enfermedades de los peroxisomas (Síndrome de Zellweger, condrodysplasia punctata, adenoleucodistrofia ligada a X, enfermedad de Refsum y otros desórdenes graves); 23. Enfermedades mitocondriales: por defecto de oxidación de los ácidos grasos y de transporte de carnitina, por alteración del DNA mitocondrial, por mutación del DNA nuclear; 23 bis. Cualquier otro error innato del metabolismo grave que, por indicación expresa facultativa, como en los anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>Inmunodeficiencias primarias por defecto de producción de anticuerpos; 27. Inmunodeficiencias primarias por defecto de linfocitos T; 28. Inmunodeficiencias por defecto de fagocitos; 29. Otras inmunodeficiencias: a) Síndrome de Wiscott-Aldrich, b) Defectos de reparación del ADN (Ataxia-telangiectasia), c) Síndrome de Di George, d) Síndrome de Hiper-IgE, e) Síndrome de IPEX. 30. Síndromes de disregulación inmune y linfoproliferación; 30 bis. Cualquier otra enfermedad alérgica e inmunológica graves que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
<p>PSIQUIATRÍA</p>	<p>NEUROLOGÍA</p>
<p>31. Trastornos de la conducta alimentaria; 32. Trastorno de conducta grave; 33. Trastorno depresivo mayor; 34. Trastorno psicótico; 35. Trastorno esquizoafectivo; 35 bis. Cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>36. Malformaciones congénitas del Sistema Nervioso Central; 37. Traumatismo craneoencefálico severo; 38. Lesión medular severa; 39. Epilepsias: a) Síndrome de West, b) Síndrome de Dravet, c) Síndrome de Lennox-Gastaut, d) Epilepsia secundaria a malformación o lesión cerebral, e) Síndrome de Rasmussen, f) Encefalopatías epilépticas, g) Epilepsia secundaria a enfermedades metabólicas, h) Otras epilepsias bien definidas; 40. Enfermedades autoinmunes: a) Esclerosis múltiple, b) Encefalomiелitis aguda diseminada, c) Guillain-Barré, d) Polineuropatía crónica desmielinizante, e) Encefalitis límbica; 41. Enfermedades neuromusculares: a)</p>

	<p>Atrofia muscular espinal infantil, b) Enfermedad de Duchenne; 42. Infecciones y parasitosis del Sistema Nervioso Central (meningitis, encefalitis, parásitos y otras infecciones); 43. Accidente cerebrovascular; 44. Parálisis cerebral infantil; 45. Narcolepsia-cataplejia; 45 bis. Cualquier otra enfermedad neurológica y/ o neuromuscular grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
CARDIOLOGÍA	APARATO RESPIRATORIO
<p>46. Cardiopatías congénitas con disfunción ventricular; 47. Cardiopatías congénitas con hipertensión pulmonar; 48. Otras cardiopatías congénitas graves; 49. Miocardiopatías con disfunción ventricular o arritmias graves; 50. Cardiopatías con disfunción cardíaca y clase funcional III-IV; 51. Trasplante cardíaco; 51 bis. Cualquier otra enfermedad cardiológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>52. Fibrosis quística; 53. Neumopatías intersticiales; 54. Displasia broncopulmonar; 55. Hipertensión pulmonar; 56. Bronquiectasias; 57. Enfermedades respiratorias de origen inmunológico: a) Proteinosis alveolar, b) Hemosiderosis pulmonar, c) Sarcoidosis, d) Colagenopatías; 58. Trasplante de pulmón; 59. Cualquier otra enfermedad del aparato respiratorio grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
APARATO DIGESTIVO	NEFROLOGÍA
<p>60. Resección intestinal amplia; 61. Síndrome de dismotilidad intestinal grave (Pseudo-obstrucción intestinal); 62. Diarreas congénitas graves; 63. Trasplante intestinal; 64. Hepatopatía grave; 65. Trasplante hepático; 66. Cualquier otra enfermedad del aparato digestivo grave que, por indicación expresa facultativa, como en las</p>	<p>67. Enfermedad renal crónica terminal en tratamiento sustitutivo; 68. Trasplante renal; 69. Enfermedad renal crónica en el primer año de vida; 70. Síndrome nefrótico del primer año de vida; 71. Síndrome nefrótico corticorresistente y corticodependiente;</p>

<p>anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>72. Tubulopatías de evolución grave; 73. Síndrome de Bartter; 74. Cistinosis; 75. Acidosis tubular renal; 76. Enfermedad de Dent; 77. Síndrome de Lowe; 78. Hipomagnesemia con hipercalciuria y nefrocalcinosis; 79. Malformaciones nefrourológicas complejas; 80. Síndromes polimorfomáticos con afectación renal; 81. Vejiga neurógena; 82. Defectos congénitos del tubo neural; 83. Cualquier otra enfermedad nefrológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
<p>REUMATOLOGÍA</p>	<p>CIRUGÍA</p>
<p>84. Artritis idiopática juvenil (AIJ); 85. Lupus eritematoso sistémico; 86. Dermatomiositis juvenil; 87. Enfermedad mixta del tejido conectivo; 88. Esclerodermia sistémica; 89. Enfermedades autoinflamatorias (Fiebre Mediterránea Familiar, Amiloidosis y otras enfermedades autoinflamatorias graves); 90. Síndrome de Behçet; 91. Cualquier otra enfermedad reumatológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>92. Cirugía de cabeza y cuello: 92. Cirugía de cabeza y cuello: hidrocefalia/válvulas de derivación, mielomeningocele, craneoestenosis, labio y paladar hendido, reconstrucción de deformidades craneofaciales complejas, etc; 93. Cirugía del tórax: deformidades torácicas, hernia diafragmática congénita, malformaciones pulmonares, etc; 94. Cirugía del aparato digestivo: atresia esofágica, cirugía antirreflujo, defectos de pared abdominal, malformaciones intestinales (atresia, vólvulo, duplicaciones), obstrucción intestinal, enterocolitis necrotizante, cirugía de la enfermedad inflamatoria intestinal, fallo intestinal, Hirschprung, malformaciones anorrectales, atresia vías biliares, hipertensión portal, etc; 95. Cirugía nefro-urológica: malformaciones renales y de vías urinarias; 96. Cirugía del</p>

	<p>politraumatizado; 97. Cirugía de las quemaduras graves; 98. Cirugía de los gemelos siameses; 99. Cirugía ortopédica: cirugía de las displasias esqueléticas, escoliosis, displasia del desarrollo de la cadera, cirugía de la parálisis cerebral, enfermedades neuromusculares y espina bífida, infecciones esqueléticas y otras cirugías ortopédicas complejas; 100. Cirugía de otros trasplantes: válvulas cardíacas, trasplantes óseos, trasplantes múltiples de diferentes aparatos; 100 bis. Cualquier otro procedimiento quirúrgico por patologías graves que, por indicación expresa facultativa, como en los anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
CUIDADOS PALIATIVOS	NEONATOLOGÍA
<p>101. Cualquier enfermedad grave que dé lugar a la necesidad de cuidados paliativos en la fase final de la vida del paciente que, por indicación expresa facultativa, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>102. Grandes prematuros, nacidos antes de las 32 semanas de gestación o con un peso inferior a 1.500 gramos y prematuros que requieran ingresos prolongados por complicaciones secundarias a la prematuridad; 102 bis. Cualquier otra enfermedad neonatológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio</p>
ENFERMEDADES INFECCIOSAS	ENDOCRINOLOGÍA
<p>103. Infección por VIH; 104. Tuberculosis; 105. Neumonías complicadas; 106. Osteomielitis y artritis sépticas; 107. Endocarditis; 108. Pielonefritis complicadas; 109. Sepsis; 109 bis. Cualquier otra enfermedad infecciosa grave que, por indicación expresa facultativa, como en las</p>	<p>110. Diabetes Mellitus tipo I; 110 bis. Cualquier otra enfermedad endocrinológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso</p>

anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio	hospitalario u hospitalización a domicilio.
TRASTORNOS DE BASE GENÉTICA	
111. Síndrome de Smith-Magenis; 112. Epidermólisis bullosa; 113. Cualquier otro trastorno de base genética grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.	

Fuente: Elaboración propia a partir del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Tabla 2: DATOS SOBRE LA TASA DE ABSENTISMO EN ESPAÑA

AÑO	Horas no trabajadas por causas ocasionales (horas/año/trabajador)	Horas pactadas efectivas (horas/año/trabajador)	Tasa de absentismo
2000	63,9	1748	3,66%
2001	66	1745	3,78%
2002	71,1	1746	4,10%
2003	74,2	1741	4,26%
2004	77,5	1729	4,48%
2005	79,7	1721	4,63%
2006	82,1	1711	4,79%
2007	84,4	1705	4,95%
2008	81,9	1705	4,80%
2009	81,3	1671	4,86%
2010	77,7	1665	4,66%
2011	76,8	1648	4,66%
2012	70,2	1633	4,29%
2013	66,9	1623	4,12%
2014	70,8	1620	4,37%
2015	76,5	1626	4,70%
2016	79,5	1624	4,90%

2017	81,3	1627	5,00%
2018	87	1641	5,30%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del VIII Informe de Adecco sobre absentismo laboral.

Tabla 3: DATOS SOBRE EL NÚMERO DE BAJAS LABORALES EN ESPAÑA

AÑO	NÚMERO TOTAL DE BAJAS LABORALES
2007	21.964.708
2008	20.780.091
2009	18.063.543
2010	18.092.653
2011	19.391.370
2012	20.075.960
2013	19.651.194
2014	21.647.857
2015	23.521.846
2016	25.417.769
2017	27.202.793
2018	28.369.259
2019	28.767.746

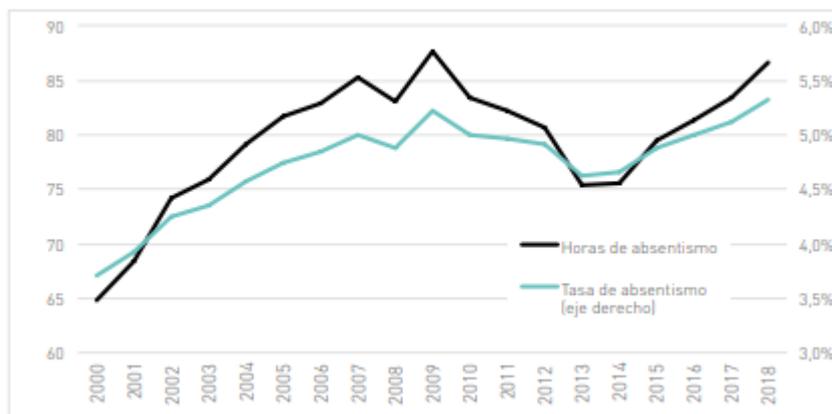
Fuente: Elaboración propia basado en los datos proporcionados por el BEL, disponible en: <http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/bel/index.htm>

9.2. ANEXO II: ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Cálculo de la tasa de absentismo

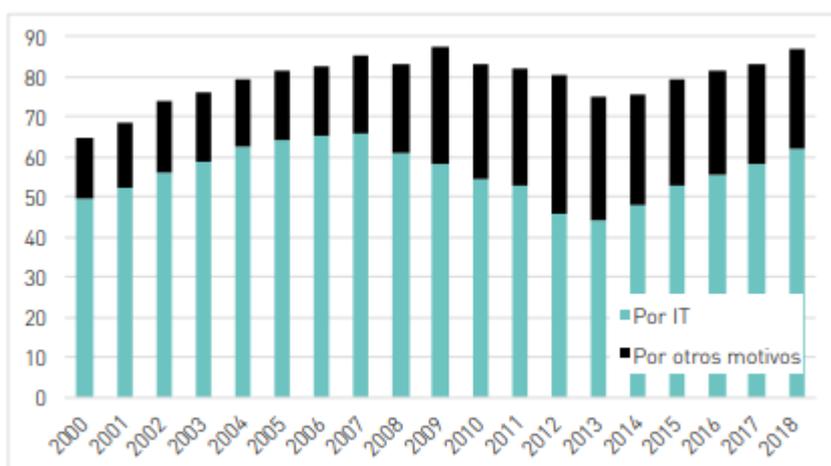
HORAS NO TRABAJADAS POR CAUSAS OCASIONALES – (ERTEs + VACACIONES + FESTIVOS)
HORAS PACTADAS EFECTIVAS

Ilustración 2: EVOLUCIÓN DE LAS HORAS NO TRABAJADAS POR ABSENTISMO Y TASA DE ABSENTISMO



Fuente: VIII Informe Adecco sobre Absentismo sobre la base del INE y la ETCL

Ilustración 3: EVOLUCIÓN DE LAS HORAS DE ABSENTISMO (ANUALES POR TRABAJADOR) SEGÚN SU COMPOSICIÓN



Fuente: VIII Informe Adecco sobre Absentismo sobre la base del INE y la ETCL