

4

La necesaria reforma (que no derogación) del despido objetivo por absentismo

The necessary reform (not abrogation) of objective dismissal for absenteeism

CAROLINA BLASCO JOVER

Prof.^a Titular. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seg. Social. Universidad de Alicante

ISSN 2444-3476

Revista Española de Derecho del Trabajo 229

Sumario:

- I.El punto de partida: la reforma acometida por la Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 945)
- II.Las posibles tachas de inconstitucionalidad: ¿existen argumentos bastantes para desvirtuar la pretendida inconstitucionalidad de la norma?
 - 1.La discriminación por discapacidad ¿y por razón de sexo?
 - 1.1.La noción de discapacidad
 - 1.2.¿Discrimina por enfermedad el texto del art. 52.d) ET?
 - 1.3.La posible discriminación por razón de sexo
 - 2.La discutida vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE
 - 2.1.La compatibilidad del despido objetivo por absentismo con el derecho a la integridad física y a la salud
 - 2.2.La compatibilidad del despido objetivo por absentismo con el derecho al trabajo
- III.Las normas internacionales: ¿qué sucede con ellas?

- IV.A modo de conclusiones: el favor por la vigencia del art. 52.d) ET... y por su modificación normativa
- V.Referencias bibliográficas

RESUMEN:

El despido objetivo por absentismo siempre ha sido una institución controvertida, pero, tras la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, las críticas a esta modalidad extintiva arreciaron debido a la eliminación del requisito del cómputo del absentismo global de la plantilla de trabajadores. Este trabajo se centra, no tanto en el análisis de su compleja regulación, sino en la posible inconstitucionalidad del precepto por afectar (o no) a varios derechos o principios constitucionales, señaladamente, la prohibición de discriminación, la integridad física, la salud y el derecho al trabajo. También se reflexionará sobre si el despido objetivo por absentismo contraviene (o no) el art. 6 del Convenio n.º 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo.

ABSTRACT:

Objective dismissal for absenteeism has always been a controversial institution. However, after Law 3/2012 of 6 July on urgent labour market reform measures was approved, criticism of this terminating modality grew because it ceased to be a requirement to count a workforce's global absenteeism. This work focuses less on analysing its complex regulation, and more on the possible unconstitutionality of the precept: indeed, it affects (or fails to affect) several rights or constitutional principles, notably the prohibition of discrimination, physical integrity, health and the right to work. It will also reflect on whether the objective dismissal for absenteeism contravenes (or not) art. 6 ILO Convention No. 158 on Termination of Employment.

PALABRAS CLAVE: Absentismo - Constitucionalidad - Discriminación - Integridad física - Trabajo - Convenio n - º 158 OIT

KEYWORDS: Absenteeism - Constitutionality - Discrimination - Physical integrity - Right to work - ILO Convention No - 158

Fecha recepción original: 29 de Noviembre de 2019

Fecha aceptación: 13 de Enero de 2020

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA REFORMA ACOMETIDA POR LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO

En unos momentos como los actuales en los que la situación parlamentaria de España está, cuando menos, un tanto a la deriva por la falta de acuerdo entre los partidos políticos y por la carencia de sentido de Estado, se pone de nuevo sobre la mesa la tacha de la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, una norma pensada –obvio es decirlo a estas alturas– para paliar los perniciosos efectos que sobre el empleo desplegó la grave crisis económica que se inició en 2008 dándole una vuelta de tuerca –esta vez, muy profunda– al sistema de relaciones laborales español. Se trataba, en resumidas cuentas, de proporcionar a quien tenía (y sigue teniendo) el poder de generar empleo, la parte empresarial, un horizonte de mayor seguridad jurídica y confianza, reforzando su capacidad decisoria en muchas y muy variadas situaciones laborales y proporcionándole mayores y muy sugerentes ventajas económicas. La intención del legislador reformista fue, pues, muy evidente: enviar un claro mensaje al empresariado español, consistente en animarle a contratar a cambio de ofrecerle interesantes perspectivas laborales, mayores posibilidades de realizar fuertes ajustes internos y también fáciles o más cómodas reestructuraciones externas de su plantilla de trabajadores.

Evidentemente, excedería con mucho el propósito de este artículo indagar sobre si todas y cada una de las medidas en aquella norma adoptadas deben seguir vigentes o, si por el contrario, deberían ser anuladas o, como mínimo, modificadas, en aras a subvertir la situación de desprotección en la que se colocó a los trabajadores. Este trabajo, antes al contrario, centrará su atención en una institución muy puesta en entredicho, el despido objetivo por absentismo, a causa concretamente de su controvertido encaje constitucional. Es oportuno recordar, a estos efectos, que el legislador de 2012

flexibilizó esta figura extintiva de una manera tal que, desde ese momento, al empresario le iba a resultar mucho más sencillo que antes extinguir los contratos de aquellos trabajadores de su plantilla que resultasen ser poco rentables o productivos a causa de las ausencias que su excesiva morbilidad, real o fraudulenta, comportase. Y es que es desde esta óptica desde la que hay que entender el sentido y alcance de esta causa de despido. La excesiva morbilidad implica que un trabajador padezca bajas por enfermedad o accidente recurrentes, de no larga duración, pero que suponen ausencias reiteradas del trabajo. Ausencias éstas que ciertamente se pueden encontrar plenamente justificadas, pero que, por su constante reiteración, se convierten en excesivamente gravosas para el empresario. Y ello, ya no sólo porque el trabajador deja de realizar su labor, sino porque, además, el empresario debe asumir ciertos costes añadidos en absoluto insignificantes: reservar el puesto de trabajo al trabajador enfermo, afrontar a su cargo la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal desde los días cuarto al quincuagésimo, contratar a un sustituto por el tiempo de la baja del trabajador ausente o reorganizar sus efectivos humanos disponibles de modo tal que pueda cubrirse, sin ocasionar graves perjuicios, ese tiempo de ausencia. Ante tales circunstancias ciertamente incómodas y que suponen rebasar un mínimo de tolerancia, el ordenamiento articula una medida correctora dirigida a paliar los efectos del desequilibrio que se produce entre las partes: la extinción contractual indemnizada.

Por entrar al detalle, esta causa de despido se encuentra regulada, como es conocido, en el [art. 52.d\) ET](#), precepto que, en su redacción anterior a la reforma de 2012, disponía que el contrato se extinguiría “por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2.5% en los mismos períodos de tiempo”. Esta previsión se completaba con un

listado de faltas de asistencia al trabajo que no computaban a efectos de determinar la superación de los porcentajes fijados legalmente.

A la vista de la regulación legal quedaban pocos lugares a la duda en torno a cuáles eran los dos requisitos que se exigían para proceder al despido del trabajador absentista: éste tenía que ausentarse de su trabajo un determinado número de veces y, a su vez, el volumen de absentismo en el centro de trabajo tenía que alcanzar también un determinado mínimo. Ocurre, sin

embargo, que la vigente redacción del [art. 52.d\)](#) ET difiere con mucho de la anterior. Y es que se dispone ahora que 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 siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”.

Ciertamente y como se observa, la modificación más evidente consiste en que ya no se tiene en cuenta el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo. Esto es, si anteriormente el absentismo del trabajador podía, de alguna forma, verse compensado con la referencia al umbral del absentismo colectivo en el centro de trabajo, tras la entrada en

vigor de la [Ley 3/2012](#) se elimina el componente colectivo de esta causa de despido y se potencia el individual. Cambio en la redacción del precepto que, en absoluto, resulta baladí. Y ello por dos motivos fundamentalmente. En primer lugar, porque, siguiendo con la línea flexibilizadora del despido trazada por la norma de reforma, se ha debilitado esta causa de extinción contractual, facilitando, con mucho, al empresario proceder al despido de los trabajadores poco productivos o rentables. De hecho, bastaría con que un trabajador, con una jornada de veintidós días laborales al mes, se ausentara nueve días en dos meses consecutivos o veintidós días en cuatro

meses discontinuos (circunstancias ambas que pueden acontecer de forma frecuente si, por ejemplo, traen su causa de enfermedades de corta duración) para que pudiera ser despedido de forma procedente. Y, en segundo lugar, porque se ha introducido un elemento fuertemente disuasorio que, anteriormente, no se encontraba. Ciertamente, eliminar el componente colectivo del redactado del [art. 52.d\)](#) ET no merece, en abstracto, tacha alguna. Con ello, se evita que trabajadores con reiteradas faltas de asistencia, algunas o muchas de ellas tal vez fraudulentas, se vean beneficiados por la asistencia al trabajo de sus compañeros. Pero, ello no obstante, esta supresión también puede producir un efecto distorsionador en absoluto desdeñable: que trabajadores con justificados motivos para no acudir al trabajo (por tener menguadas sus capacidades, por ejemplo) se vean forzados, habida cuenta de la coerción que supone la amenaza del despido, a presentarse en la empresa y a realizar su labor para no alcanzar los porcentajes de absentismo señalados anteriormente¹). Realidad ésta que tal vez podría acabar por perjudicar la productividad del trabajador y, por ende y a su vez, la de la empresa para la que presta servicios.

En cualquier caso, para suavizar la dureza de la reforma acaecida en esta causa de despido, se introdujeron dos reglas que mitigan en cierta forma el rigor técnico de la ley. Así, por un lado, se incluyen, en el listado de ausencias no computables, las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Por otro lado, se modificó el modo de computar las faltas de asistencia, al introducirse un nuevo elemento para contabilizar las ausencias que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos. Se añade ahora que, para proceder a la extinción del vínculo contractual por este motivo, será necesario, además, que el nivel de absentismo del trabajador haya superado el 5% de las jornadas hábiles en los doce meses anteriores. Esto, en la práctica, quiere decir que el contrato se extinguirá si el trabajador se ausenta del trabajo nueve días en un período de dos meses

consecutivos, siempre y cuando, del mismo modo hubiese faltado 3.15 días adicionales en los doce últimos meses. En caso contrario, esto es, de no concurrir ambas circunstancias de modo conjunto, el despido del trabajador absentista no podría acometerse.

Mucho se ha debatido sobre esta causa de despido desde su reforma en 2012 y muchas han sido las sentencias, nacionales y europeas, que se han dictado al respecto, generando el grueso de ellas una interesante controversia sobre la diferencia entre enfermedad y discapacidad y sobre los efectos perniciosos que esta causa de despido puede provocar en las personas con morbilidad excesiva. Esta aportación se centrará, sin duda, en esta cuestión, pues en mi opinión –y adelantando ya ideas posteriores– se estaría en presencia de una discriminación indirecta hacia aquellas personas, proscrita,

como bien se sabe, por el [art. 14 CE](#). Ello no obstante, también se reflexionará sobre la posible existencia de otras tachas de inconstitucionalidad, señaladamente si confrontamos

la letra d) del [art. 52 ET](#) con los [arts. 15, 35.1 y 43.1 CE](#)²). Finalmente, el trabajo concluirá con el análisis del despido objetivo por absentismo desde el punto de vista de las normas internacionales, pues, más allá de la perspectiva constitucional, cabe preguntarse también si esta institución contraviene, de alguna forma, el [Convenio n.º 158 OIT](#) sobre la terminación de la relación de trabajo.

1

También incide en ello MOLINA NAVARRETE, C.: “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el Derecho comunitario”, en *Estudios Financieros*, n.º 370, 2014, p. 189.

Sobre la contradicción entre el [art. 52.d\) ET](#) y el [art. 23.2 CE](#) (derecho a la participación política) ya ha tenido ocasión de pronunciarse, acertadamente, el Tribunal en su sentencia 125/2018, de 26 de noviembre.

II. LAS POSIBLES TACHAS DE INCONSTITUCIONALIDAD: ¿EXISTEN ARGUMENTOS BASTANTES PARA DESVIRTUAR LA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA?

1. LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD ¿Y POR RAZÓN DE SEXO?

Como se ha adelantado, al texto del [art. 52.d\) ET](#) se le plantean dos posibles tachas de inconstitucionalidad. Por un lado, la referida a la discriminación que supone para las personas con discapacidad que las faltas de asistencia que puedan tener por motivo de sus especiales circunstancias se computen a efectos de una posible extinción contractual. Por otro lado, las dudas también surgen al socaire de la eliminación de la necesaria concurrencia de un determinado porcentaje de absentismo colectivo para que el empresario pueda acometer un despido por esta causa. Para el legislador de la reforma, resulta del todo punto indiferente que el colectivo de trabajadores así entendido alcance o no una determinada cuota de faltas de asistencia; basta con que el trabajador individualmente considerado las alcance para poder proceder válidamente a la extinción de su contrato. Y es precisamente esta indiferencia legislativa respecto del nivel colectivo de absentismo lo que hace dudar de la compatibilidad entre el [art. 52.d\) ET](#) y los [arts. 15](#), [35.1](#) y [43.1 CE](#), puesto que tal vez –habrá que verlo– se haya desbordado la finalidad que informa al precepto estatutario. A uno y a otro asunto se dedican los apartados que siguen.

1.1. La noción de discapacidad

Preguntarse por la posible quiebra del principio de no discriminación ([art. 14 CE](#), puesto en relación con el [art. 2.2.b Directiva 2000/78/CE](#)) cuando se hace referencia al despido objetivo por absentismo supone irremediablemente y de entrada acometer la correcta delimitación del binomio discapacidad/enfermedad y cuestionarse acerca de si puede utilizarse esta causa de extinción contractual para despedir a los trabajadores que se ausenten de su puesto de trabajo con motivo de aquellas circunstancias.

A este respecto, es común situar el centro del debate sobre el concepto de discapacidad; un concepto éste que, a falta de definición legal, al menos a nivel europeo, se ha ido construyendo sobre la base de las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Conviene precisar que no procede examinar ahora, por exceder del objeto de este trabajo, toda la casuística relacionada con el tema, pero sí creo necesario hacer alguna reflexión al respecto de los hitos más importantes que se han sucedido a lo largo de estos años para conectarlos, después, con el tema que articula la presente contribución.

De esta forma, el punto de partida al que se acude de forma unánime para diferenciar entre los conceptos de enfermedad y discapacidad es la [STJUE de 11 de julio de 2006](#) (TJCE 2006, 192) (asunto Chacón Navas), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid mediante resolución de 7 de enero de 2005. En concreto, se le pide al Tribunal europeo que se pronuncie sobre si el marco general establecido por la [Directiva 2000/78/CE](#)) para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad incluye dentro de su ámbito protector a una persona que ha sido despedida exclusivamente a causa de una enfermedad. Y el Tribunal, tras recordar cuál es el objeto en sí

de la Directiva y apuntar que la discapacidad cabe entenderla como “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, que supone un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”, concluye que el concepto de mera enfermedad no es asimilable al de discapacidad y que, por lo tanto, cabe entender que se refieren a realidades diferentes... y con diferente protección jurídica, pues sólo la discapacidad merece la protección que pretende la [Directiva 2000/78/CE](#) en la medida en que sí constituye una discriminación con arreglo al [art. 2.1](#) del texto comunitario³).

Esta postura evidencia un giro de ciento ochenta grados a partir de la [STJUE de 11 de abril de 2013](#) (TJCE 2013, 122) (asunto HK Danmark) en la que se lleva a cabo una ampliación del concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido al incluir, dentro del mismo, a las enfermedades de larga duración. Es de reseñar que esta sentencia se dicta una vez ratificada por el Consejo la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante [Decisión 2010/48/CE](#), de 26 de noviembre de 2009, por lo que, desde ese momento, la [Directiva 2000/78/CE](#) había de ser interpretada, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención. ¿Y qué es lo que en ese texto se dispone sobre la discapacidad? Pues básicamente que tal circunstancia “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” y que una persona con discapacidad debe ser entendida como aquella que presente “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Asumiendo este concepto, el Tribunal europeo, aun sin realizar una equiparación total entre enfermedad y discapacidad, llega a la conclusión de que una “enfermedad equiparable a la discapacidad” debe ser, también, una situación protegida por la [Directiva 2000/78/CE](#). De esta forma, subraya que el concepto de discapacidad “debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración⁴⁾”. En sentido contrario y como se ha adelantado, el Tribunal sostiene, con remisión a su [sentencia Chacón Navas](#) (TJCE 2006, 192), que “una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la [Directiva 2000/78](#)”. Y ello porque “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la [Directiva 2000/78](#) prohíbe toda discriminación⁵⁾”.

Este nuevo –y garantista– criterio queda refrendado por la [STJUE de 18 diciembre de 2014](#) (TJCE 2014, 367) (asunto Kaltoft). La resolución, en primer lugar, realiza una labor aclaratoria que nunca está de más y puntualiza, de un lado, que el concepto de discapacidad asumido por la sentencia HK Danmark debe entenderse en el sentido de que “no sólo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta” y, de otro, que tal concepto “no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad⁶⁾”. Tras ello, se entra en el fondo del asunto y se sostiene que, aunque la obesidad del empleado –que era la circunstancia patológica

que en el asunto se planteaba— no puede considerarse como tal integrada en el concepto de discapacidad dado que, por su propia naturaleza, no ocasiona necesariamente una limitación de las exigidas, si tal afección impidiera al trabajador “su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional”, habría que concluir que, efectivamente, la obesidad podría estar incluida en el concepto de discapacidad a efectos de la [Directiva 2000/78/CE](#).

La [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#) (TJCE 2016, 308) (asunto Daouidi), por su parte, da un paso más allá en la nueva línea argumentativa al abrir la puerta a la posibilidad de calificar de discriminatorio el despido de un trabajador que ha sufrido un accidente laboral y que, por su causa, se encuentra en situación de incapacidad temporal. En efecto, para el Tribunal “si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de discapacidad en el sentido de la [Directiva 2000/78](#)”. Ahora bien, ello será así si tal limitación es duradera en el tiempo, no pudiendo neutralizar tal calificación el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal⁹. Y, sin una definición legal del concepto del carácter “a largo plazo” de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y sin remisión expresa en la Directiva antes citada al Derecho de los Estados miembros para clarificar su sentido, el Tribunal opta por ceder el testigo a los jueces nacionales, quienes deberán comprobar, caso por caso, si la limitación de la capacidad del interesado tiene o no

carácter duradero en el tiempo. Para ello, tendrán que realizar una labor de integración del concepto a través de diversas variables como “el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. Además, al comprobar ese carácter duradero, los órganos judiciales nacionales deberán basarse “en todos los elementos objetivos de que dispongan, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales¹⁰⁾”.

Esta construcción de la discapacidad que efectúa el Tribunal europeo y que incide en el aspecto médico de la dolencia padecida y en las consecuencias que acarrea para la persona que la padece se alinea –no está de más comentarlo– con la

definición de discapacidad que ofrece el [art. 4 RD legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante, LGDPD). Esta norma señala, como bien se conoce, que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. No obstante, es de constatar que la definición española de persona con discapacidad es más amplia que la europea, más protectora, en tanto que el apartado segundo del mismo artículo puntualiza que, además y a todos los efectos, “tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%”, incluyéndose aquí a “los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran

invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Con todo, una nueva sentencia, la [STJUE de 18 de enero de 2018](#) (TJCE 2018, 3) (asunto Ruiz Conejero) advierte del hecho de que el reconocimiento a una persona de la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la [Directiva 2000/78/CE](#). Y este no es un asunto baladí, porque significa que, ante una misma situación, los órganos nacionales podrían reconocer la discapacidad, pero no así el Tribunal de Justicia de la Unión (y a la inversa), con lo que ello podría comportar de contradictorio. Piénsese, así, en el hecho de que para el Derecho español un incapacitado permanente total es una persona discapacitada por mor del [art. 4.2](#) LGDPD, pero podría no serlo desde el punto de vista europeo si la patología que sufriera limitara de modo anecdótico su vida cotidiana o profesional¹¹).

Dejando apuntados, pues, los problemas jurídicos que este particular detalle de la [sentencia Ruiz Conejero](#) (TJCE 2018, 3) puede acarrear, conviene reseñar, en fin, una última resolución para delimitar correctamente a nivel europeo el marco general de las personas con discapacidad. Es la [STJUE de 11 de septiembre de 2019](#) (TJCE 2019, 184) (asunto Nobel Plastiques). En ella, sustancialmente, se resuelve la cuestión de si deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación de la [Directiva 2000/78/CE](#) los trabajadores calificados como especialmente sensibles a determinados riesgos y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un peligro para su propia salud o para otras personas. Y la respuesta que ofrece el Tribunal ciertamente no puede

decirse que sea novedosa. Así, apunta, en primer lugar, que el concepto de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo que se desprende del [art. 25 LPRL](#) no se corresponde, *per se*, con el concepto de persona con discapacidad en el sentido de dicha Directiva; que ello, en segundo lugar, sólo ocurrirá cuando “su estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”; y que, en tercer lugar, corresponderá al juez nacional “comprobar si concurren tales requisitos¹²”. De nuevo, pues, se utiliza el mismo acervo doctrinal anterior para catalogar o no (como es el caso) a un determinado trabajador como persona con discapacidad y, de nuevo, se esgrime la técnica de la remisión al órgano jurisdiccional nacional para constatar si, en el concreto supuesto de hecho que se enjuicia, concurren los elementos que permite identificar a la discapacidad a la luz del Derecho europeo.

Así las cosas, es obligado concluir que la discapacidad de esta forma concebida, en el sentido en el que lo hace el Tribunal de Justicia de la Unión, incluyendo a las enfermedades crónicas o de larga duración sin una perspectiva delimitada de finalización a corto plazo, constituye factor de discriminación por la segregación en el empleo que comporta para el colectivo que la padece, activándose por ello la protección antidiscriminatoria del [art. 14 CE](#), pero también la propia de la [Directiva 2000/78/CE](#) cuando establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...) respecto de otras personas” ([art. 2.2.b](#)). Este factor de discriminación, al contrario que las simples enfermedades o meras alteraciones de salud, ha de ser corregido o eliminado, debiendo exigirse,

por lo tanto, un trato desigual o más favorecedor que tienda a paliar los perniciosos efectos que la condición de discapacitado tiene sobre la persona que padece tal circunstancia. Lo que ocurre es que ese trato desigual o más ventajoso no existe en el redactado del [art. 52.d\)](#) ET. Veámoslo con más detalle.

3

Apartados 43 a 47.

4

Apartados 38 y 39 y 47.

5

Apartado 42.

6

Apartados 54 y 56.

7

Apartados 58 y 59.

8

Apartado 45.

9

Apartado 52.

10

Apartados 55 a 59. A nivel interno, la [STSJ Cantabria de 18 de enero de 2019](#) (AS 2019, 899) (Rec. n.º 833/2018) ha calificado al cáncer de útero como enfermedad asimilada a la discapacidad por ser una dolencia que ocasiona una limitación duradera. Respecto de otras patologías, también prolongadas que se han asemejado a la discapacidad, vid., entre

otras, [SSTSJ Aragón, de 9 de mayo de 2018](#) (AS 2018, 2016) (Rec. n.º 211/2018), [País Vasco, de 9 de octubre de 2018](#) (JUR 2019, 56363) (Rec. n.º 1779/2018), de [2 de mayo de 2018](#) (JUR 2018, 212785) (Rec. n.º 731/2018) y de [10 de octubre de 2017](#) (JUR 2018, 27835) (Rec. n.º 1824/2017). Argumentando que no existe discriminación porque la patología no es duradera, vid., entre otras muchas, [STS de 15 de marzo de 2018](#) (RJ 2018, 1403) (Rec. n.º 2766/2016) y [SSTSJ Cataluña, de 12 de julio de 2018](#) (JUR 2019, 49561) (Rec. n.º 2411/2018) y [Castilla y León, Valladolid, de 13 de diciembre de 2018](#) (JUR 2019, 33295) (Rec. n.º 1898/2018).

11

Así lo apunta ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Extinción objetiva por morbilidad excesiva y discriminación por discapacidad”, en *Trabajo y Derecho*, n.º 49, 2019, p. 67.

12

Apartados 50 y 51.

1.2. ¿Discrimina por enfermedad el texto del art. 52.d) ET?

El sucinto recordatorio de las resoluciones anteriores permite ahora, ciertamente, estar en mejores condiciones para afrontar la pregunta que encabeza este apartado. A ella, precisamente,

ha intentado dar solución una de las sentencias citadas, la [STJUE de 18 de enero de 2018](#) (TJCE 2018, 3) (asunto Ruiz Conejero). Como se señala en su texto, verdaderamente no puede decirse que el precepto contenga una discriminación directa, entendida ésta, como es conocido, como un trato jurídico desfavorable hacia un colectivo que se aprecia de manera perceptible y clara. Y ello porque el [art. 52.d\) ET](#) se aplica de manera idéntica a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad que hayan faltado al trabajo. Es

decir, como el absentismo, tal y como está configurado en la norma, de una manera tan neutral, es causa de despido tanto para las personas discapacitadas como para las que no lo son, concluye el TJUE –muy acertadamente a mi modo de ver– que difícilmente puede extraerse del tenor del precepto propósito discriminatorio o segregacionista alguno hacia un colectivo determinado¹³). Ahora bien, cuestión distinta es que sí pueda apreciarse un elemento diferenciador en absoluto coherente

con el marco constitucional español y con la [Directiva 2000/78/CE](#). Porque, visto el asunto desde otro ángulo, parece

que se infringen los [art. 14 CE](#) y [2.2.b\)](#) Directiva 2000/78/CE al no exceptuar de las ausencias que puedan dar lugar a faltas de asistencia computables aquellas que derivan de un proceso de discapacidad.

En efecto, a la luz de la dicción normativa, cualquier ausencia no incluida en el listado de faltas no computables reseñadas en el segundo y tercer párrafo del precepto, se computarán a efectos de alcanzar los umbrales de absentismo que habilitan al empresario a extinguir el contrato del trabajador, lo que convierte a las ausencias debidas a enfermedad común o accidente no laboral cuya duración no alcance los veinte días consecutivos en el supuesto tipo para aplicar esta causa de despido. Y, siendo ello así, no hace falta agotar los argumentos para mantener que un trabajador discapacitado acumulará más faltas de este tipo que un trabajador que no lo es, pues su coyuntura le hará ser más propenso a padecer enfermedades de corta duración relacionadas con su discapacidad que le impedirán, de suyo, acudir al trabajo y, al límite, alcanzar el umbral legal de absentismo¹⁴). Desde esta perspectiva es desde la que hay que entender, pues, que subyace en el texto del precepto estatutario una discriminación indirecta al suponer su presupuesto fáctico una desventaja particular para las personas con discapacidad respecto de otras personas¹⁵).

Ello no obstante, esta conclusión debe matizarse, en tanto que esa diferencia de trato en teoría discriminatoria pudiera no serlo

si resultase justificada, conforme señala la letra i) del [art. 2.2.b](#) Directiva 2000/78/CE, por un propósito legítimo y siempre que los medios para su consecución fuesen adecuados y necesarios. Excepción que viene refrendada por la sentencia europea antes citada pues en ella se explicita que, para valorar la adecuación del despido objetivo por absentismo a la [Directiva 2000/78/CE](#), procede examinar “si viene justificado por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla¹⁶⁾”. E, incluso, también se hace esta matización a nivel interno por la [LGDPD](#), en cuyo [art. 2.c\)](#) se señala que la discriminación indirecta “existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

La letra de las normas y el tenor de la sentencia no deja, pues, mucho margen a la interpretación: no existirá tal discriminación indirecta cuando el precepto legal o reglamentario de que se trate (o la cláusula convencional o contractual o la práctica empresarial) tenga una finalidad más que justificada, de la que no pueda existir tacha alguna, y siempre que los medios que se hayan dispuesto para alcanzarla sean proporcionados. El asunto es, pues, una cuestión de límites; límites que, de desbordarse, supondrían que se haría necesaria una reforma de la letra d) del [art. 52](#) ET para adaptar su texto a los preceptos antes citados. Veamos.

El deslinde de la finalidad última a la que atiende el despido por absentismo es un asunto que, por motivos obvios, suele

hacerse con respecto a la libertad de empresa consagrada en el [art. 38](#) CE. De este modo, y como antes ya se ha adelantado, el propósito de esta causa de despido objetivo cabe situarlo en la lucha contra el absentismo laboral y en los costes que el empresario debe asumir por su causa. Es una medida, pues, ligada a mejorar la productividad y la eficiencia en el trabajo... pero también, y, al límite, una medida vinculada a la política de empleo con objeto de favorecer la flexibilidad en el mercado de trabajo. Y ello porque, facilitando la extinción del contrato por faltas de asistencia al trabajo, se consigue, al tiempo, proporcionar una oportunidad laboral a la población que se encuentra en desempleo[17](#)). Visto desde esta perspectiva, el despido por absentismo se convierte, de este modo, en un instrumento destinado a reducir en las empresas, especialmente, en las pequeñas y medianas, las más sensibles a las consecuencias que las ausencias de los trabajadores puedan provocar en el proceso productivo, las incertidumbres propias de adoptar la decisión de crear empleo, pues va a permitir, dicho en términos muy generales y esquemáticos, deshacerse de un trabajador improductivo y contratar a otro con mayor o mejor rendimiento.

Así las cosas, parece obligado concluir que la finalidad de la causa de despido contemplada en la letra d) del [art. 52](#) ET está más que justificada. La estabilidad en el empleo resulta ser un valor que, como otros, puede ser limitado de un modo razonable si ello resulta idóneo para tutelar otros bienes o derechos de igual o semejante valor, siendo tales la libertad de empresa y el fomento de una política de empleo[18](#)). Ocurre, sin embargo, que la finalidad de combatir el absentismo es puesta en entredicho tras la reforma que en 2012 llevó a cabo el legislador en el texto del precepto, reforma que, como ya se ha comentado, eliminó quizá el mayor obstáculo que existía para su operatividad, la consideración del nivel de absentismo colectivo para extinguir el contrato de trabajo del trabajador individualmente considerado. Desde ese momento, se hace de

la falta de asistencia al trabajo una cuestión particular, propia de cada trabajador, con lo que se consigue facilitar la aplicación de esta modalidad de extinción contractual aunque no se tenga contabilizado el volumen global de absentismo de toda la plantilla o aunque éste sea escaso o poco significativo¹⁹). No hace falta agotar argumentos para sostener que la excepcional coyuntura por la que atravesaba el país caracterizada por unos muy elevados niveles de desempleo fue en lo que se basó el legislador para eliminar tal requisito y redefinir los contornos de esta institución. A la postre, se trataba de ofrecer al empresario un potente incentivo para que tomara la decisión de contratar a cambio de hacerle más fácil la salida de ciertos trabajadores de su organización, en este caso, los improductivos.

Pues bien, como se decía, la supresión de la necesidad de tener en cuenta el nivel de absentismo colectivo de la empresa incidía, para cierto sector doctrinal²⁰), en el fundamento mismo de esta causa de despido. A tal efecto, se consideraba que, al desaparecer el único elemento que podía presumir la existencia de perjuicios en el normal funcionamiento de la empresa a causa de un cierto volumen de inasistencia de los trabajadores, se convertía al despido por absentismo en un arma perfecta dejada en manos de los empresarios para deshacerse de empleados que particular y singularmente les resultasen onerosos por sus ausencias. Es decir, no se trataba tanto de conjurar los perniciosos efectos que sobre la empresa pudiera tener un volumen alto de absentismo como de posibilitar al empresario extinguir el contrato de aquellos trabajadores cuya excesiva morbilidad le supusiera costes económicos y organizativos difíciles de soportar.

A mi parecer, no obstante, el legislador de la reforma no erró en su planteamiento. Fíjese que no trato de erigir la situación grave de desempleo que vivía el país en aquel momento en un parámetro de constitucionalidad con el que limitar los contornos de otros bienes constitucionalmente reconocidos, argumento éste, sin duda, de línea más economicista que jurídica. Más bien considero que la causa última que informa a la letra d)

del [art. 52](#) ET sigue siendo la misma tanto antes de la reforma de 2012 como tras ella. Combatir el absentismo en la empresa y los costes que a ésta le ocasiona sigue siendo la idea motriz que inspira la configuración actual del precepto, sólo que vinculada ahora a comportamientos individuales antes que a otros de carácter colectivo. Algo que, a mayor abundamiento, resulta hasta coherente porque, si se piensa, al trabajador por defecto absentista ya no le será de utilidad ampararse en el paraguas protector que pudiera ofrecerle un nivel de absentismo bajo en la empresa[21](#)).

Entiendo, por lo tanto, que la finalidad del precepto sigue siendo la misma y que, como tal, sigue siendo absolutamente legítimo que los empresarios puedan acudir a esta causa de despido para prescindir de aquellos empleados que les resulten excesivamente onerosos por sus continuas faltas de asistencia al trabajo. Y, por este motivo, también considero que el despido objetivo por absentismo no puede desaparecer sin más de la legislación laboral española como así se reclama desde ciertos sectores. Supone, a mi modo de ver, una institución a través de la cual se logran ponderar adecuadamente los intereses de una y de otra parte (los del empresario de solventar una hipotética situación de ruptura del equilibrio contractual y los del trabajador de tener la garantía de que no se le va a despedir si antes no llega a un determinado umbral de absentismo), evitando así que se produzcan situaciones desmedidamente injustas o perversas en términos, especialmente, de costes económicos[22](#)). Cuestión distinta, como se verá más adelante, es que ello pueda (o no) entrar en contradicción con otros valores constitucionales como el derecho a la salud o a la integridad física, al hacer recaer sobre el trabajador la idea de que, si no acude a su puesto de trabajo, aun de forma justificada por enfermedad, pesará sobre él la amenaza de un despido por superación de los umbrales de ausencias permitidos[23](#)).

Pero sobre ello se volverá, como digo, más tarde. Visto, pues, que la medida legislativa supera el juicio de idoneidad al

conseguirse con ella el objetivo propuesto, debe analizarse a continuación, para discernir si la discriminación indirecta que en ella se contiene está o no justificada, si los medios empleados por el legislador para alcanzarlo son necesarios y proporcionados. A estos efectos, el TJUE, en su [sentencia sobre el asunto Ruiz Conejero](#) (TJCE 2018, 3), proporciona al juez nacional una serie de pautas que tendrá que tomar en consideración para evaluar el posible impacto negativo del [art. 52.d\)](#) ET sobre las personas con discapacidad²⁴⁾. Tales parámetros se pueden agrupar en dos. De un lado, los referidos a la propia institución y a su adecuación para combatir el absentismo y para defender la productividad de la empresa y, de otro, los atinentes a la consideración que debe prestarse a las personas con discapacidad a fin de constatar si el legislador español no ha ido “más allá de lo necesario” para alcanzar tal propósito.

Por lo que respecta a los primeros, el órgano judicial deberá, por una parte, comprobar si los datos numéricos recogidos en el precepto estatutario se han concebido efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas y, por otra, también habrá de tener en cuenta los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral, así como si el despido objetivo por absentismo tiene entre los empresarios el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo.

Por lo que atañe a los segundos, el juez nacional deberá, en primer lugar, situar el precepto en el contexto en que se inscribe y tomar en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a que se refiere y las disposiciones del ordenamiento jurídico español destinadas a la protección específica de las personas con discapacidad, (concretamente el [art. 40 LGDPD](#))²⁵⁾ y, en segundo lugar, examinar si el legislador

español no ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieran, en particular, a los trabajadores con discapacidad y el riesgo que corre este colectivo, ya que, en general, quienes en él se engloban encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado.

Los parámetros acabados de enumerar, ciertamente variados y de redacción cuando menos difusa, son los que deben servir de guía al juez nacional para valorar si el despido objetivo por absentismo entraña una discriminación por razón de discapacidad en absoluto justificada. Y, a mi modo de ver, así

es²⁶). Porque aunque el [art. 52.d\)](#) ET se haya concebido, desde el planteamiento que aquí se sostiene, como una medida necesaria para combatir el absentismo laboral (aunque finalmente pueda procederse a la extinción contractual por faltas ocasionales o esporádicas), para poner freno a los costes que el empresario deba asumir por su causa y para incentivar, en cierta forma y al límite, la contratación, lo cierto es que en su redacción no se guarda la necesaria proporcionalidad, al no lograrse salvaguardar los intereses de las personas con discapacidad.

En efecto, una cosa es lo presumible y otra bien distinta puede ser lo que la realidad ponga de manifiesto. Y lo que la realidad pone de manifiesto cuando se analiza, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación, el redactado del precepto es que el legislador no tuvo en cuenta las especiales circunstancias por las que atraviesan las personas que se encuentran en esta tesitura. Como se sabe, la superación de las exigencias que impone el principio de igualdad supone constatar si se está ante situaciones idénticas o equiparables que merezcan el mismo tratamiento o si, por el contrario, al no existir tal similitud y no resultar el término de comparación arbitrario o caprichoso, la diferencia de trato está más que justificada. Pues bien, trasladando esta doctrina al caso que

nos ocupa, resulta que, en el amplio abanico de faltas excluidas del cómputo, no aparece en modo alguno las motivadas por la discapacidad del trabajador... cuando debieran estarlo por no encontrarse los trabajadores discapacitados en la misma situación de partida que los que no lo son. Y es que, aun a riesgo de señalar lo evidente, no hace falta agotar muchos argumentos para mantener que el hecho de computar las ausencias que aquéllos puedan tener a causa de enfermedades derivadas de su discapacidad para el umbral fijado de absentismo que habilita para proceder al despido

supondría la aplicación casi automática del [art. 52.d\) ET](#) sobre este colectivo y su práctica condena al ostracismo laboral y, al límite, a su exclusión social[27\)](#).

Cierto es que podría argumentarse en sentido contrario que tales ausencias bien podrían encajar en la excepción contenida

en el párrafo tercero del [art. 52.d\) ET](#), esto es, en las “ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”. La enfermedad grave no está definida en la norma, lo que evidencia que la voluntad del legislador no ha sido la de acotar el campo de aplicación de esta exclusión, sino la de dejar abierta al intérprete la posibilidad de integrarlo[28\)](#). Pues bien, si atendemos al significado de la palabra “grave” en la RAE, habrá que concluir que tal enfermedad es aquella que sea “de mucha entidad o importancia”, lo que habrá de valorarse, a su vez y a salvo de norma convencional que clarifique el concepto[29\)](#), en función de diversas variables como la condición del paciente, su estado físico, su edad, la trascendencia de la enfermedad o el riesgo que supone para la vida o si se requiere o no ingreso hospitalario[30\)](#). Siendo como es, pues, el de “enfermedad grave” un concepto jurídico indeterminado que deberá ser interpretado según las circunstancias concurrentes en el caso, la pregunta que cabe hacerse a continuación es obvia: ¿toda enfermedad que tenga su origen en la discapacidad podrá ser merecedora de aquel apelativo? Con toda probabilidad, no, puesto que no todas

cursarán con el mismo grado o nivel de trascendencia. Por ello, en mi opinión, resulta meridiano que la excepción contenida en el párrafo tercero de la letra d) del [art. 52](#) ET no ampara la totalidad de las situaciones patológicas que traigan su causa de la discapacidad, no pudiéndose erigir, en consecuencia, esta excepción en la solución al problema que aquí nos ocupa. A favor de esta idea y a mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta, además, que la norma se refiere a las ausencias debidas a “tratamiento médico” por “enfermedad grave”, lo que significa que, aunque la enfermedad que cursara a causa de la discapacidad fuera grave, la ausencia al trabajo sólo quedaría exceptuada para el cómputo de los umbrales de absentismo si el trabajador requiriera acudir a los facultativos para recibir tal tratamiento[31](#)).

Resumiendo, por lo tanto, es difícil encontrar argumento jurídico alguno desde las perspectivas constitucional y europea que aconseje un trato igual a los trabajadores que padecen una discapacidad frente a aquellos que no la padecen puesto que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito laboral no concurren en personas afectadas por enfermedades o dolencias simples[32](#)). Si ello así se entiende, bien puede decirse que sufren las exigencias constitucionales de igualdad y no discriminación al no tomar la norma en consideración la desventaja que su aplicación produce en las personas con discapacidad. Riesgo que creo que no puede conjurarse en todos los casos con la adaptación del puesto de trabajo a la que obliga el [art. 40](#) LGDPD y al que erige, no se olvide, la [sentencia sobre el asunto Ruiz Conejero](#) (TJCE 2018, 3)[33](#)), como uno de los parámetros al que el juez nacional debe acudir para valorar la proporcionalidad de los medios empleados por el legislador nacional para combatir el absentismo. Bien es verdad que aquel precepto tiene como finalidad prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad y, por ello, se conmina al empresario a que, en

estos casos, proceda a la adaptación del puesto de trabajo en la medida en que no le resulte una carga excesiva. Podría pensarse, en consecuencia, que bastaría con que el empresario probase que ha efectuado aquella adaptación (o que no la ha podido efectuar por resultar demasiado onerosa) para que la extinción del contrato quedase justificada o para que, al límite, se declarase improcedente cuando, constatándose la discapacidad, no se hubiese procedido a aquellos ajustes razonables³⁴). Pero, en mi opinión, la mejor tutela de los intereses de las personas con discapacidad no puede pasar siempre y en todo caso por esta solución ya que, en muchas ocasiones, esa adaptación, en el terreno que aquí nos movemos, resultaría vacua y no tendría sentido efectuarla³⁵). Por ello, más me inclino por alinearme con aquel sector de la doctrina³⁶) que aboga por considerar que el precepto debiera contemplar la posibilidad de impedir su aplicabilidad a los supuestos de ausencias del trabajo motivadas por enfermedades ligadas a la discapacidad del empleado. Y, mientras que ello no acontezca, creo razonable sostener que un despido efectuado tomando en consideración las faltas de asistencia derivadas de patologías ligadas a la discapacidad habría de calificarse como nulo con motivo de la lesión que se produce del [art. 14 CE](#) y ello con independencia de la adopción o no de las medidas de ajuste razonable y a salvo –claro está– de que concurrieran causas bastantes que aconsejaran la declaración de procedencia³⁷).

Ya advertida esta circunstancia por la [STJUE de 11 de abril de 2013](#) (TJCE 2013, 122) (asunto HK Danmark) y reiterado por la [STJUE de 11 de septiembre de 2019](#) (TJCE 2019, 184) (asunto Nobel Plastiques).

15

[STJUE de 18 de enero de 2018](#) (TJCE 2018, 3) (asunto Ruiz Conejero), apartado 38.

16

Apartado 40.

17

De opinión contraria es ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Extinción objetiva por morbilidad excesiva y ..., op.cit., p. 71.

18

Y esto es algo que corrobora la [STJUE 18 de enero de 2018](#) (TJCE 2018, 3), ap. 44, que, a mayor abundamiento, también se ocupa de recordar que “los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación no sólo para primar un determinado objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo” (ap. 43).

19

ARIAS DOMINGUEZ, A.: “La Reforma Laboral de 2012 (I): Absentismo (1)”, en *Legal Today*, 2012 (*on line*).

20

Por todos, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.^a: “El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales”, en *Revista Internacional de Organizaciones*, n.º 8, 2012, pp. 40 y 41 y ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Extinción objetiva por morbilidad excesiva y ..., op.cit., pp. 69 y 70.

21

BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el [RDL 3/2012](#): aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L.M., GOERLICH PESET, J.M,

ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral en el [Real Decreto-Ley 3/2012](#)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 209. También y, entre otros, RAMOS MORAGUES, F.: “El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral del 2012”, en *Revista de Jurisprudencia*, n.º 1, 2013 (*on line*).

22

En sentido contrario, GÓMEZ SALGADO, M.A.: “Delimitación del concepto "enfermedad grave" y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica”, en *Estudios Financieros*, n.º 397, 2016, p. 33, que lo califica de “instrumento despiadado que beneficia al empresario y que castiga cruelmente al trabajador”.

23

MOLINA NAVARRETE, C.: “De las "reformas laborales" a un nuevo, e irreconocible, "Estatuto del Trabajo Subordinado": comentario sistemático al [Real Decreto-Ley 3/2012](#), de reforma del mercado de trabajo”, en *Estudios Financieros*, n.º 348, 2012, p. 118.

24

Apartados 44 a 55.

25

Que se refiere a la adopción de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad, entre ellas, la adaptación del puesto de trabajo.

26

También a criterio del [JS Cuenca, n.º 1, de 7 de marzo de 2018](#) (AS 2018, 513) (Proc. n.º 861/2015), cuyo titular fue el que planteó la cuestión prejudicial a la que respondió la [STJUE de 18 de enero de](#)

[2018](#) (TJCE 2018, 3) (asunto Ruiz Conejero), y del [TSJ Castilla-La Mancha, de 10 de abril de 2019](#) (AS 2019, 1425) (Rec. n.º 664/2018).

27

Del mismo parecer es ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Extinción objetiva por morbilidad excesiva y ..., op.cit., p. 71.

28

[STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015](#) (AS 2016, 293) (Rec. n.º 917/2015).

29

O de la remisión a normas como el [RD 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, en el que se establece un catálogo de enfermedades calificadas como graves.

30

Al que alude la [STSJ Andalucía, Sevilla, de 20 de septiembre de 2018](#) (JUR 2018, 305338) (Rec. n.º 3162/2017).

31

En efecto, el mero hecho de padecer una enfermedad grave no exceptuaría las ausencias por ella motivadas del cómputo de los umbrales de absentismo (vid., por ejemplo, [STSJ Madrid, de 26 de mayo de 2015](#) (JUR 2015, 178475) (Rec. n.º 1/2015). En sentido contrario, esto es, requiriéndose tal tratamiento médico, vid. [STSJ Castilla y León, Valladolid, de 6 de junio de 2019](#) (JUR 2019, 203929) (Rec. n.º 1778/2016).

32

Tal y como señaló la [STS de 25 de noviembre de 2014](#) (RJ 2015, 27) (Rec. n.º 2344/2013).

33

También la [STJUE de 11 de septiembre de 2019](#) (TJCE 2019, 184) (asunto Nobel Plastiques), apartados, 63 a 75.

34

En este sentido se pronuncia la [STS de 22 de febrero 2018](#) (RJ 2018, 913) (Rec. n.º 160/2016), si bien el caso se refería a un supuesto de extinción del contrato por ineptitud del trabajador, siendo aquí más razonable exigir al empresario que adapte las condiciones del puesto de

trabajo antes de proceder al despido. También [SSTSJ Galicia, de 10 de diciembre de 2018](#) (AS 2019, 823) (Rec. n.º 2530/2018), [Castilla y León, Burgos, de 30 de octubre de 2018](#) (JUR 2018, 318141) (Rec. n.º 671/2018).

35

Piénsese a estos efectos en un empleado discapacitado que, a pesar de todo, a pesar de su coyuntura y de las ausencias de corta duración que pueda tener, puede desenvolverse en su puesto de trabajo con normalidad. En el mismo sentido, vid. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido objetivo injustificado por ineptitud sobrevenida: no discriminación si se adoptan medidas de readaptación” (<https://ignasibeltran.com/2018/03/17/despido-objetivo-injustificado-por-ineptitud-sobrevenida-no-discriminacion-si-se-adoptan-medidas-de-readaptacion>), que se muestra muy crítico también con otorgar a la adopción de medidas de ajuste una importancia tal que desvirtúe el carácter discriminatorio del despido ya que se puede convertir en “una mera formalidad para acabar despidiendo sin causa”. En sentido contrario, vid. [STS de 21 de septiembre de 2017](#) (RJ 2017, 4307) (Rec. n.º 782/2016).

36

Por todos, ROJO TORRECILLA, E.: “El TSJ de Castilla-La Mancha confirma que existe discriminación cuando se procede al despido de un trabajador por bajas en el trabajo que derivan de su estado de discapacidad. Notas a la [sentencia de 10 de abril de 2019](#) (AS 2019, 1425), y recordatorio de las sentencias del TJUE y del JS” (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/el-tsj-de-castilla-la-mancha-confirma.html>).

Opinando lo mismo, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Extinción objetiva por morbilidad excesiva y ..., op.cit., p. 75 y MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley*, n.º 57, 2018, p. 17.

1.3. La posible discriminación por razón de sexo

Como se ha dicho más arriba, la enfermedad asimilada a la discapacidad y que activa el protocolo antidiscriminatorio de la Directiva y del [art. 14](#) CE es la de larga duración o crónica que impide a quien la padece su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Queda fuera, pues, de esta tutela la enfermedad de corta duración y la que no conlleva trabas para lograr aquella participación. Y ello, a mi modo de ver, puede resultar en cierto modo criticable porque, atendiendo a la variable de género, los condicionamientos exigidos a la enfermedad pueden actuar restrictivamente cuando se trata de patologías feminizadas o de alta prevalencia femenina.

En efecto, no puede desconocerse –y así lo evidencian las estadísticas y diversos estudios científicos– que existen algunas dolencias que, aunque se pueden presentar en varones, afectan principalmente al género femenino debido ello a razones genéticas, hormonales e, incluso, sociales. Y dolencias que, qué duda cabe, pueden limitar la actividad de las mujeres que las padecen y restringirles su participación social o laboral. Si no se enfoca este problema adecuadamente, con lentes de género, lo habitual es que a tales dolencias no se les otorgue la debida importancia, ni desde el punto de vista médico, ni social ni, desde luego, empresarial, suscitándose los correspondientes celos plagados de tintes discriminatorios o sexistas. Pues bien, por lo que aquí importa y visto el asunto desde esta perspectiva, la opción contemplada en la norma de computar a efectos de los límites del absentismo las ausencias provocadas por enfermedades de corta duración entiendo que

puede entrañar, también, una discriminación indirecta por razón de sexo. Es decir, la misma línea argumental seguida para sostener la limitación del despido objetivo por absentismo a los trabajadores con discapacidad puede mantenerse en estos casos. El precepto no toma en consideración la desventaja que sobre un colectivo muy determinado, las mujeres, va a tener el hecho de padecer ciertas enfermedades sobre las que se proyectan estereotipos de género y valores segregacionistas, por lo que computar las ausencias de las trabajadoras afectadas por tales patologías, cuando las mismas sean de corta duración, tendrá el efecto perverso de colocarlas en peor situación que la de sus compañeros varones³⁸. Por eso, la modificación normativa por la que antes se abogaba, en mi opinión, debe ir más allá de impedir el despido objetivo por faltas de asistencia derivadas de enfermedades ligadas a la discapacidad, para entrar de lleno en un ahondamiento de esta previsión, de modo tal que limitara también el recurso a esta clase de despido cuando las faltas de asistencia derivasen de circunstancias biológicas netamente femeninas.

38

Tomando, *a sensu contrario*, la doctrina planteada por el [Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de mayo de 2016](#) (RJ 2016, 2152) (Rec.

n.º 3348/2014) y por el [Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008, de 26 de mayo](#) (RTC 2008, 62), puede decirse que nos encontramos aquí ante un supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece.

2. LA DISCUTIDA VULNERACIÓN DE LOS ARTS. 15, 35.1 Y 43.1 CE

Sentado, pues, que sí que sería posible considerar, bajo los argumentos que se han expuesto, que el despido objetivo por

absentismo escondería una discriminación indirecta por razón de discapacidad e, incluso, de sexo y que, debido a ello, sería conveniente plantear la reforma del [art. 52.d\)](#) ET, cabe ahora preguntarse por si contradice también esta forma de extinción contractual los mandatos constitucionales impuestos en los [arts. 15](#), [35.1](#) y [43.1](#) CE o, dicho de otro modo, si choca frontalmente con el derecho a la integridad física de la persona, con el derecho al trabajo y con el derecho a la salud. La duda surge, como se adelantó antes, desde el momento en que se flexibilizan los requisitos para proceder a este tipo de despido, no exigiéndose nivel alguno de absentismo colectivo para recurrir a él. Ello –se ha argumentado– puede poner en tela de juicio la finalidad última de esta forma de extinción contractual, llegándose a considerar, al límite, que la actual regulación legal puede condicionar el comportamiento de los trabajadores que, ante el temor de perder su puesto de trabajo, hacen caso omiso a la atención de su salud e integridad física o emocional. No obstante y, a mi modo de ver, esto no es así exactamente. La cuestión, no se desconoce, ha sido resuelta por el [Tribunal Constitucional, en su sentencia 118/2019, de 16 de octubre](#) (RTC 2019, 118)[39](#)), precisamente en el mismo sentido que aquí se va a defender. Ciertamente, hubiera sido fácil dejarse llevar por otro tipo de argumentario y criticar abiertamente la postura del Tribunal por ir en detrimento de los derechos de los trabajadores; pero ese planteamiento no va a aparecer en las páginas que siguen, sencillamente, porque no creo, en mi modesta opinión, que haya suficiente base jurídica (aunque sí ideológica, pero eso no es de lo que aquí se trata) para sustentarlo. Veamos.

2.1. La compatibilidad del despido objetivo por absentismo con el derecho a la integridad física y a la salud

Comenzando por el principio, cabe recordar lo que dispone el [art. 15](#) CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. De este modo, se contemplan en el precepto dos derechos distintos, pero innegablemente conectados entre sí, el derecho a la vida y el derecho a la integridad tanto física como moral. Dejando a un lado el primero y centrando la atención en el derecho a la integridad, el Tribunal Constitucional ha dictaminado que con él se pretende proteger la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.[40](#)) Dos facetas, pues, de este derecho a la integridad personal, la física y la espiritual, de las cuales sólo interesa, a los efectos que aquí importan, la primera de ellas, pues es la que se pretende confrontar con el despido por absentismo. ¿Y a qué hace referencia en definitiva la integridad física? Pues básicamente a que el cuerpo humano en toda su extensión se mantenga íntegro e incólume, sin lesión, menoscabo o daño o sin riesgo de tales, que se mantenga sin alteraciones o modificaciones, incluyendo la mera apariencia y que quede libre de cualquier intervención o afectación ajena no consentida, aunque no se causen daños o molestias al sujeto.[41](#)) La integridad física es, en suma, un concepto amplio que no implica sólo la interdicción de cualquier tipo de padecimiento físico que se practique deliberadamente[42](#)) contra el cuerpo de una persona o de sometimiento al riesgo relevante de sufrirlo, sino que también abraza un espacio de autodeterminación sobre el mismo para preservarlo de ataques externos.

Así entendido, el derecho a la integridad física se ha ligado en ocasiones al derecho al respeto a la salud –contemplado, como se sabe, en el [art. 43.1](#) CE y ubicado en el capítulo tercero del título primero– aunque ciertamente ambos tienen un tratamiento diferenciado. Así, mientras que el primero es un

derecho fundamental con lo que ello implica a nivel de protección reforzada, el segundo es un principio rector de la política social y económica que necesita de desarrollo legislativo para que pueda ser alegado ante la jurisdicción ordinaria. Lo que ocurre, como se decía, es que en ciertas situaciones ambos derechos se han solapado, yuxtaponiéndose uno sobre el otro, y ello ha tenido como consecuencia que determinados atentados contra la salud hayan sido considerados como ataques contra la integridad física de la persona. Para que ello así ocurra, para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física, es requisito necesario que, como consecuencia de aquélla, se ponga en peligro grave e inmediato la salud o se produzca un riesgo relevante, de forma palmaria y manifiesta, que genere un peligro grave y cierto para la salud del afectado⁴³).

A la vista de estas consideraciones ¿puede decirse que el despido de un trabajador por razón de su situación de enfermedad puede afectar al derecho a la integridad física y al derecho a la salud? En buena medida, puede parecer que ello debe ser así por las razones ya apuntadas: cierta coacción a los trabajadores enfermos para mantenerse en el empleo poniendo en peligro su salud y, por ende, su integridad física. No obstante, a mi modo de ver, ninguna tacha de inconstitucionalidad en estos términos puede realizarse al [art. 52.d](#)) ET. Y ello básicamente por dos motivos: de un lado, porque entiendo desproporcionado intentar subsumir el supuesto de hecho del despido objetivo por absentismo en el presupuesto fáctico del [art. 15](#) CE, puesto en conexión con el [art. 43.1](#) CE; de otro, porque, a mi modo de ver, la medida logra superar el consabido juicio de proporcionalidad en sus tres vertientes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por lo que respecta al primer motivo que aquí se baraja, creo que es forzar en demasía el sentir de una institución como el despido objetivo por absentismo afirmar que con su inclusión en el ordenamiento laboral se está poniendo en peligro la integridad y la salud del trabajador. Si el presupuesto de hecho relevante que tiene que acontecer para que se active la protección de los [arts. 15](#) y [43.1](#) CE es que o bien se someta a una persona a un padecimiento físico o a un riesgo de que éste se produzca o bien se ponga en peligro grave e inmediato la salud o se produzca un riesgo relevante, palmario y manifiesto, que genere un peligro grave y cierto para la salud del afectado, técnicamente no puede sostenerse la afirmación de que resultan vulnerados tales derechos cuando el empresario, haciendo uso de la facultad que se le confiere legalmente, toma la decisión de despedir al trabajador absentista. Ninguna lesión ni riesgo relevante de lesión creo que exista a la integridad o a la salud del trabajador cuando se activa el protocolo extintivo del [art. 52.d\)](#) ET. Realmente resulta difícil de pensar que un precepto como el [art. 15](#) CE, que está diseñado para proteger al individuo frente a actuaciones u omisiones de particulares o de la Administración susceptibles de causar un daño excesivo al cuerpo humano (recuérdese que el derecho a la vida y a la integridad física aparecen conectados en el texto constitucional a determinadas modalidades de ataque realmente graves como la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes), pueda dar cobijo a una pretendida tacha de inconstitucionalidad del despido objetivo por absentismo. En ninguna situación de riesgo grave para el cuerpo o la salud se está colocando al trabajador enfermo ya que, jurídicamente, no puede decirse que reciba amenaza concreta o presión alguna para que abandone su derecho a la asistencia médica o, al límite, una hipotética situación de incapacidad temporal [44](#)). El empresario, obvio es decirlo, viene obligado a proteger la vida y la integridad del trabajador y a ampararle frente a los daños que pueda sufrir en

el trabajo. Pero de ahí a sostener que acometer el despido del trabajador absentista supone que incumpla con tales obligaciones –porque eso es lo que, al límite, se pone sobre la mesa–, va un trecho. El despido por causa de la letra d) del [art. 52](#) ET ha sido la solución que ha implementado el legislador para permitir a las empresas combatir el absentismo y defender su productividad; el empresario solamente utiliza, si se superan los límites marcados, la opción que legalmente se le ha otorgado⁴⁵).

Pero suponiendo que realmente se cause tal perjuicio a los derechos citados, interesa analizar si esta modalidad de extinción contractual supera o no el triple juicio de proporcionalidad.⁴⁶ Y, como se ha adelantado antes, a mi modo de ver, lo supera sin mayor problema. Así, es conocido que exigencia primera y constante para valorar la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en el derecho a la integridad física y en el derecho a la salud integrado en aquélla, es constatar si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). Sobre ello ya se ha hablado en páginas precedentes, por lo que baste con remitir a lo dicho anteriormente.

En cuanto a la segunda exigencia, debe constatarse si la medida en sí es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito fijado con igual eficacia (juicio de necesidad). Y aquí podría discutirse si se combate igualmente el absentismo si se excluyeran del cómputo de las ausencias las amparadas por baja médica expedida por los correspondientes servicios médicos oficiales, de tal modo que sólo se tuvieran en cuenta las ausencias injustificadas que sí dependen de la voluntad de los trabajadores. Podría decirse que sería ésta una corrección de la norma que impondría un menor grado de sacrificio a los derechos a la integridad física y a la salud y que sería apta, igualmente, para combatir el absentismo en la empresa. No

obstante y en mi opinión, ello supondría desconocer que la previsión legislativa obedece también a la idea de minorar los costes y los perjuicios a nivel de funcionamiento de la organización que una situación particular de absentismo provoca al empresario. Tales costes y la consecuente merma de la productividad de la empresa son factores que, como se dijo en páginas precedentes, también se encuentran en la base de una institución como la que aquí se cuestiona y, si ello así se considera, no cabe más que concluir que la persistencia de las faltas de asistencia, ya se justifiquen o no en bajas médicas, termina socavando la sostenibilidad del normal funcionamiento de la entidad (o, más en concreto, de uno o de varios puestos de trabajo) y provocando, al límite, un claro perjuicio a nivel de rentabilidad y productividad que rebasaría las fronteras mínimas de la tolerancia⁴⁷).

Finalmente, debe verificarse, en tercer lugar, si la medida restrictiva de derechos es ponderada o proporcionada, esto es, si consigue guardar el necesario equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de tutelar otro derecho o bien jurídico constitucionalmente protegido, realizando una valoración confrontada de todos los intereses en juego (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Y, en mi opinión, así es. El despido objetivo por absentismo no sólo responde a finalidades constitucionalmente legítimas y resulta idóneo y necesario para cumplir dichos propósitos, sino que también es equilibrado por cuanto que se trata de una medida que permite constatar que la extinción únicamente se producirá cuando el trabajador supere un determinado umbral de faltas de asistencia y que coadyuvará a reducir los costes empresariales que aquéllas generen, favoreciendo, de este modo, la productividad y el buen devenir interno de la organización. Creo, de este modo, que se efectúa una conciliación ponderada entre los derechos hipotéticamente limitados con los bienes constitucionales que justifican tal limitación, encontrándose ésta en relación razonable con el resultado perseguido. A mayor abundamiento, no cabe olvidar que este tipo de despido

comporta la entrega de un determinado monto económico a efectos de indemnización, por lo que, desde este ángulo, también podría decirse que tal ventaja económica rebajaría el nivel de sacrificio del trabajador y contribuiría a mantener el equilibrio de la institución con respecto a los bienes teóricamente afectados.

39

Deriva la sentencia de la cuestión de inconstitucionalidad admitida a trámite y presentada por el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona en el procedimiento de despidos/ceses n.º 977/2016 (BOE de 27 de julio de 2019). A fecha de cierre de este trabajo, sólo se conocía el sentido en que había resuelto el Tribunal y la existencia de votos particulares, pero, por razones de coherencia, se ha estimado correcto incorporar al texto del trabajo el argumentario que utiliza el Tribunal y el sentido de los votos discrepantes.

40

[SSTC 37/2011, de 28 de marzo](#) (RTC 2011, 37), [119/2001, de 24 de mayo](#) (RTC 2001, 119), [207/1996, de 16 de diciembre](#) (RTC 1996, 207) y [35/1996, de 11 de marzo](#) (RTC 1996, 35), entre otras.

41

Sobre ello, vid. PASCUAL MEDRANO, A.: “La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, 2018, pp. 53 y 54.

42

Entendiendo que basta la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma. Así, [SSTC 12/2019, de 28 de enero](#) (RTC 2019, 12), [80/2005, de 4 de abril](#) (RTC 2005, 80), [66/2002, de 21 de](#)

[marzo](#) (RTC 2002, 66), [225/2001, de 26 de noviembre](#) (RTC 2001, 225), [126/1998, de 15 de junio](#) (RTC 1998, 126), [11/1998, de 13 de enero](#) (RTC 1998, 11), entre otras.

43

[SSTC 56/2019, de 6 de mayo](#) (RTC 2019, 56), [37/2011, de 28 de marzo](#) (RTC 2011, 37), [61/2007, de 26 de marzo](#) (RTC 2007, 61), [220/2005, de 12 de septiembre](#) (RTC 2005, 220), [5/2002, de 14 de enero](#) (RTC 2002, 5), [119/2001, de 24 de mayo](#) (RTC 2001, 119), 207/1996, de 16 de diciembre y 35/1996, de 11 de marzo, entre otras. También ATC 57/2007, de 26 de febrero.

44

En este sentido, se ha considerado que existe lesión del derecho a la integridad física cuando se amenaza al trabajador en situación de incapacidad temporal con el despido si no pide el alta médica voluntaria y se reincorpora al trabajo. Vid. [STS de 31 de enero de 2011](#) (RJ 2011, 922) (Rec. n.º 1532/2010).

45

En el mismo sentido, vid. [STC 118/2019, de 16 de octubre](#) (RTC 2019, 118), fundamento jurídico cuarto, párrafos seis a nueve y fundamento jurídico quinto, párrafos cuatro, cinco y seis. En sentido contrario, cfr. el voto particular que firma la magistrada Balaguer Callejón (apartado tercero).

46

Sintetizado en las [SSTC 37/1998, de 17 de febrero](#) (RTC 1998, 37), [207/1996, de 16 de diciembre](#) (RTC 1996, 207), [66/1995, de 8 de mayo](#) (RTC 1995, 66) y [55/1996, de 28 de marzo](#) (RTC 1996, 55).

47

En sentido contrario a lo que aquí se dice sobre la inclusión de las faltas de asistencia justificadas para el cómputo de los niveles de absentismo,

cfr. el voto particular firmado por el magistrado Valdés Dal-Ré a la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#) (RTC 2019, 118). Se señala en él, resumidamente, que tener en cuenta ausencias basadas en

enfermedades intermitentes y justificadas no es compatible con el [art. 35.1](#) CE “en su exigencia de justa causa extintiva” (apartado sexto) y aún menos si está amparada tal inclusión en un motivo, la defensa de la productividad, que “no pasa de ser un expediente retórico carente de solvencia y recorrido constitucional” (apartado siete). En este tema de la defensa de la productividad o, más en concreto, de la libertad de empresa, también incide el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, llegando a afirmar que “el control del absentismo es una cuestión que se refiere al funcionamiento interno, a la organización, pero que no adquiere una dimensión constitucional que pueda tener en cuenta

el [art. 38](#) CE” (apartado 2, último párrafo).

2.2. La compatibilidad del despido objetivo por absentismo con el derecho al trabajo

Tomando como punto de partida esa hipotética lesión a la integridad física y a la salud, también se ha sostenido que la previsión estatutaria entra en conflicto con el derecho al trabajo

del [art. 35.1](#) CE. Y ello porque pudiera pensarse que el [art. 52.d\)](#) ET supone una limitación de este derecho del todo punto exorbitante por suponer, a la postre, la privación del empleo a causa de una situación como la enfermedad que debiera estar especialmente protegida por la situación de vulnerabilidad en la que se coloca a quien la padece. Pues bien, siguiendo con la misma línea argumentativa anterior, entiendo que ello no es así.

Como es conocido, el derecho al trabajo supone el reconocimiento a nivel constitucional del principio de estabilidad en el empleo y de la interdicción del despido *ad nutum* o despido sin justa causa, así como de la existencia de una reacción adecuada contra tal despido o cese, cuya

configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se deja en manos del legislador.[48\)](#) Tal derecho, además, no es absoluto ni incondicionado, sino que puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela, entre otros y por lo que aquí interesa, la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad.

Pues bien, siendo ello así, es evidente que las exigencias derivadas del [art. 38](#) CE pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa. Entre tales facultades, y dentro de su ya comentada libertad de configuración, el legislador ha optado por admitir la posibilidad de cesar al trabajador, no ya por el mero hecho de su enfermedad, sino por la reiteración de un determinado número de ausencias, justificadas o no, dentro de un determinado arco temporal, supuesto frente al cual se han previsto tanto mecanismos atemperadores (la superación de determinados umbrales numéricos para que se legitime la decisión de prescindir de los servicios del empleado, la atención a un procedimiento como factor formal de garantía y la posibilidad de impugnar el despido) como resarcitorios o indemnizatorios, como ya se comentó anteriormente, destinados ambos a conjugar los derechos e intereses en conflicto. Estas consideraciones permiten, en fin, confirmar que

el derecho al trabajo reconocido en el [art. 35.1](#) CE no entra en absoluto en conflicto con la previsión legislativa que facilita el despido objetivo por absentismo. La justificación de éste es legítima, en efecto; no obstruye derecho alguno al trabajo y, desde luego, la medida es proporcionada con respecto al fin perseguido, previéndose determinados mecanismos que contribuyen a mantener el equilibrio interno de la propia institución con respecto a otros bienes o derechos protegidos[49\)](#).

Por todas, [SSTC 192/2003, de 27 de octubre](#) (RTC 2003, 192),
[20/1994, de 27 de enero](#) (RTC 1994, 20) y [22/1981, de 2 julio](#) (RTC 1981, 22).

En el mismo sentido, vid. [STC 118/2019, de 16 de octubre](#) (RTC 2019, 118), fundamento jurídico sexto. Cfr., no obstante, el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, ya comentado, brevemente, en la nota 47 y al que se adhieren los otros tres magistrados discrepantes.

III. LAS NORMAS INTERNACIONALES: ¿QUÉ SUCEDE CON ELLAS?

Vistos los argumentos que permitirían, o no, acudir al marco constitucional para limitar el despido objetivo por absentismo del trabajador, resta por reparar en el encaje que pueda tener el [art. 52.d\)](#) ET con determinados textos internacionales ratificados por España, muy señaladamente, con el [Convenio n.º 158 OIT](#), relativo a la terminación de la relación de trabajo. Y ello habida cuenta de que el [art. 10.2](#) CE obliga a interpretar las normas internas a la luz de las normas internacionales y en tanto en cuanto éstas como las comunitarias se sitúan jerárquicamente por encima de las leyes nacionales ([arts. 93](#) a [96](#) CE, puestos en relación con el [art. 9.3](#) CE).

Pues bien, si analizamos la cuestión a través de este prisma, es insoslayable preguntarse sobre si la extinción del contrato motivada por las ausencias repetidas del trabajador

contraviene en concreto el [art. 6](#) del citado Convenio. Como es conocido, dicho precepto dispone 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”. Más allá de que pueda plantearse que se esboza aquí un intento de delimitar la situación suspensiva que acontece por razón de incapacidad temporal, la norma podría ser interpretada como la prohibición de acometer el despido cuando éste se fundamentara en la enfermedad del trabajador. Si ello así se entiende, una posible línea argumentativa [50](#)) llevaría a considerar que, efectivamente, existiría una colisión entre aquélla y el [art. 52.d\)](#) ET porque la dolencia o patología que el trabajador sufriera y que le provocara la ausencia en su puesto de trabajo vendría a ser una circunstancia o situación en la que, por injustificada, nunca debiera poder fundarse el acto extintivo de la relación laboral.

Ésta sería una forma de afrontar el problema que conduciría a sostener, como derivada lógica, que la institución del despido objetivo por absentismo contravendría una norma de carácter internacional ratificada por el Estado español, debiendo, por ello, ser expulsada del ordenamiento jurídico. De forma muy distinta, esto no obstante, se ve la situación de tener en cuenta

en su conjunto el texto del [art. 6](#) Convenio n.º 158. Porque dicho precepto contiene, aún, otra previsión, la que remite a la legislación nacional “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” de la prohibición expresada anteriormente. Los Estados miembros que ratifiquen el Convenio pueden incidir, por tanto, en el alcance de la interdicción del despido por enfermedad del trabajador. Y si ello es así, bien podría decirse que, ciertamente, la opción del legislador español podría haber sido otra... pero lo que también es cierto es que la que ha escogido estableciendo un límite al [art. 6.1](#) Convenio n.º 158 a través

del [art. 52.d\)](#) ET no contraviene lo dispuesto en la norma internacional. Primero, porque tiene habilitación para ello, como más adelante se desarrollará. Y, segundo, porque el tratamiento efectuado por la norma estatutaria no es, de nuevo, desproporcionado, no abre ilimitadamente la posibilidad de despedir por ausencia temporal por enfermedad o lesión, sino que se contrae esa eventualidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un amplio abanico de ausencias que no son computables para alcanzar aquellos umbrales[51\)](#).

Frente a esto, podría argumentarse[52\)](#) que la remisión que se hace en el [art. 6.2](#) Convenio n.º 158 a la legislación nacional es, exclusivamente, en cuanto a la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la prohibición, pero no habilita para excluir de la prohibición de despido a las ausencias temporales por causa de enfermedad de corta duración. Afirmación ésta que encontraría su base en el informe de la Comisión de expertos de la OIT en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado “Estudio General de 1995” que considera que, si bien el Convenio deja que los Estados miembros puedan incidir en la definición de la ausencia temporal de trabajo, si la ausencia se define sobre la base de la duración, como sería el caso español, “se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor”. La previsión obedecería a una idea ya señalada anteriormente: la enfermedad, sea de corta o de larga duración, no puede ser nunca motivo de despido por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador. Y, si ello así se interpreta, la conclusión a la que se llega es clara: se opondría al contenido del Convenio la opción escogida por el legislador nacional de

excluir de la protección de la regla prohibitiva del despido antes mencionada a las ausencias de más corta duración, las provocadas por enfermedad o accidente no laboral de menos de veinte días consecutivos de duración.

A mayor abundamiento, podría señalarse también que cuando el Estado español tuvo la oportunidad de efectuar alguna reserva o exclusión, específica y explícita, respecto de la interdicción del despido por enfermedad, no lo hizo. En efecto, en el momento de la ratificación del Convenio, sólo consta que España excluyera del ámbito de aplicación del mismo, en virtud de las reglas contenidas en su artículo segundo, a los contratos de trabajo del personal de alta dirección y del personal al servicio del hogar familiar debido, en ambos casos, a la especial relación de confianza que se encuentra en la base de estas relaciones de trabajo. Por lo tanto, si ninguna matización

se realizó por el Gobierno español al texto del [art. 6](#) Convenio y ni tan siquiera se intentó excluir del ámbito de aplicación de la norma internacional a los trabajadores con enfermedades de corta duración por medio del procedimiento establecido en los apartados cuarto y quinto del referido artículo segundo, lo que hubiera implicado la previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas y justificar los motivos de dicha exclusión, sería forzoso concluir, de nuevo, que el legislador ordinario erró al configurar

un precepto como el [52.d\)](#) ET que se activa, entre otras causas, por razón de las faltas de asistencia del trabajador motivadas por su enfermedad.

A mi entender, no obstante, a pesar de que, de entrada, pudiera estarse de acuerdo con esta específica línea argumentativa habida cuenta de la encomiable finalidad que la informa, creo que lo señalado anteriormente no neutraliza la conclusión a la

que en este trabajo se llega. El [art. 6.2](#) Convenio, con su remisión al [art. 1](#) del mismo texto, convierte a la legislación nacional en un instrumento normativo al que se le habilita, sin

mayores ambages, para operar con libertad a la hora de definir las ausencias temporales y las posibles limitaciones a la prohibición del despido. Y este mandato es al que, en estricto sentido, ha dado cumplimiento el legislador estatutario con su regulación del absentismo como causa de despido. A ello hay que añadir, además, que el [art. 52.d\)](#) ET no es un precepto construido –debe reiterarse– sobre la base de perseguir y castigar la enfermedad del trabajador, sino, más bien, sus ausencias repetidas al puesto de trabajo, por los motivos que fueren, que le ocasionan a la empresa un desequilibrio a nivel de funcionamiento interno y organizacional. En términos estrictamente jurídicos, pues, la conclusión final es clara: no se opone al contenido del [Convenio n.º 158 OIT](#) una norma como la que define y configura el despido objetivo por absentismo por la habilitación que el propio Convenio realiza a las legislaciones nacionales para incidir en la prohibición del despido por enfermedad y porque el desarrollo efectuado por la norma estatutaria de la regulación del absentismo es equilibrado y proporcionado por respetar todos los derechos en conflicto⁵³).

50

Entre otros, vid. BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012, p. 13.

51

En la doctrina judicial, esta línea interpretativa es prácticamente unánime. Así, vid. [SSTSJ Madrid, de 2 de diciembre de 2013](#) (AS 2014, 184) (Rec. n.º 1190/2013), [Madrid, de 18 de julio de 2006](#) (JUR 2006,

279688) (Rec. n.º 1309/2006), [Cataluña, de 9 de abril de 2013](#) (AS 2013, 1715) (Rec. n.º 7474/2012), entre otras.

52

Como así lo hizo la [SJS n.º 33 de Barcelona, de 17 de septiembre de 2013](#) (JUR 2013, 311901) (Proc. n.º 679/2013).

53

En el mismo sentido, vid. [STC 118/2019, de 16 de octubre](#) (RTC 2019, 118), fundamento jurídico sexto, párrafo once. En sentido contrario, cfr. el voto particular que firma la magistrada Balaguer Callejón (apartado tercero, párrafo cuarto).

IV. A MODO DE CONCLUSIONES: EL FAVOR POR LA VIGENCIA DEL ART. 52.D) ET... Y POR SU MODIFICACIÓN NORMATIVA

El propósito de este trabajo ha sido realizar un examen de la constitucionalidad del despido objetivo por absentismo. Como ha podido comprobarse, existen, a mi modo de ver, argumentos más que suficientes para sostener que el precepto es acorde en ciertos aspectos con el texto constitucional, pero no en otros. La vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad o por razón de sexo [54](#)) debería quedar corregida de alguna forma por el legislador estatutario, que no habría de tardar en acometer una reforma de la letra d) del [art. 52](#) ET para ofrecer un trato desigual más favorable a dos colectivos, personas discapacitadas y mujeres, que tradicionalmente han padecido las consecuencias segregacionistas de normas, comportamientos o prácticas que les han hecho dificultoso, si no imposible, incorporarse –o reincorporarse– al mercado de trabajo.

La reforma por la que se aboga, ello no obstante, no tiene por qué ser integral; no debe acometerse, en mi opinión, con ánimo de desvirtuar los contornos de la institución hasta el punto de

hacerla irreconocible o, al límite, con ánimo de hacerla desaparecer del ordenamiento. Partiendo del hecho de su compatibilidad, incluso, con normas internacionales válidamente celebradas y ratificadas por España, cuya primacía jerárquica respecto de una ley nacional no puede ni debe soslayarse por mor de lo dispuesto en el [art. 96](#) CE, el despido objetivo por absentismo ni merece ser calificado como de “despiadado” como se le ha tildado en algunos foros, ni debe provocar alarma social; a mi entender, este tipo de extinción contractual cumple una esencial labor en el ámbito que nos ocupa: compensar los desajustes que una situación de absentismo (o varias) puede ocasionar a nivel de funcionamiento interno de la organización empresarial. Finalidad que logra, como ya se ha apuntado, equilibrando todos los intereses en juego y no resultando, por ende, desproporcionada. Su desaparición, como por ciertos sectores se propugna, no creo que sea necesaria ni pertinente; cuestión distinta será que pactos políticos e intereses electorales mediante y la presión social conduzcan a la supresión de esta causa de extinción contractual.

Advertido también en el voto particular mencionado anteriormente, en su apartado cuarto.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIAS DOMINGUEZ, A.: “La Reforma Laboral de 2012 (I): Absentismo (1)”, en *Legal Today*, 2012 (*on line*).

BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, en *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido objetivo injustificado por ineptitud sobrevenida: no discriminación si se adoptan medidas de readaptación” (<https://ignasibeltran.com/2018/03/17/despido-objetivo-injustificado-por-ineptitud-sobrevenida-no-discriminacion-si-se-adoptan-medidas-de-readaptacion>).

BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en el [RDL 3/2012](#): aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en BLASCO PELLICER, A., CAMPS RUIZ, L.M., GOERLICH PESET, J.M, ROQUETA BUJ, R. y SALA

FRANCO, T.: *La reforma laboral en el [Real Decreto-Ley 3/2012](#)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Extinción objetiva por morbilidad excesiva y discriminación por discapacidad”, en *Trabajo y Derecho*, n.º 49, 2019.

GÓMEZ SALGADO, M.A.: “Delimitación del concepto "enfermedad grave" y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica”, en *Estudios Financieros*, n.º 397, 2016.

MOLINA NAVARRETE, C.: “De las "reformas laborales" a un nuevo, e irreconocible, "Estatuto del Trabajo Subordinado": comentario sistemático al [Real Decreto-Ley 3/2012](#), de reforma del mercado de trabajo”, en *Estudios Financieros*, n.º 348, 2012.

– “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el Derecho comunitario”, en *Estudios Financieros*, n.º 370, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La cosificación del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley*, n.º 57, 2018.

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.^a: “El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales”, en *Revista Internacional de Organizaciones*, n.º 8, 2012.

PASCUAL MEDRANO, A.: “La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, 2018.

RAMOS MORAGUES, F.: “El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral del 2012”, en *Revista de Jurisprudencia*, n.º 1, 2013 (*on line*).

ROJO TORRECILLA, E.: “El TSJ de Castilla-La Mancha confirma que existe discriminación cuando se procede al despido de un trabajador por bajas en el trabajo que derivan de su estado de discapacidad. Notas a la [sentencia de 10 de abril de 2019](#) (AS 2019, 1425), y recordatorio de las sentencias del TJUE y del JS” (<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/el-tsj-de-castilla-la-mancha-confirma.html>).