

DESPIDO OBJETIVO Y FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO COMO CONSECUENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Miguel Ángel Gómez Salado

*Contratado Predoctoral. Plan Propio de Investigación y Transferencia.
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

EXTRACTO

Cuando las trabajadoras se enfrentan a situaciones traumáticas y abrumadoras como la violencia doméstica, su vida laboral, inevitablemente, también se ve afectada. En este trabajo se pretende realizar un análisis a propósito de la interpretación jurídica de las «ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género» en cuanto supuesto excluido del cómputo del absentismo laboral, desde la perspectiva del despido objetivo por absentismo. Se trata, en definitiva, de abordar el régimen específico de las faltas de asistencia en el ámbito de la violencia de género, previsto en el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) y en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Palabras clave: violencia de género, despido objetivo, extinción del contrato de trabajo, trabajadoras víctimas de violencia género y absentismo laboral.

Fecha de entrada: 15-03-2017 / Fecha de revisión: 28-03-2017 / Fecha de aceptación: 04-04-2017

OBJECTIVE DISMISSAL AND THE ABSENCES AS A RESULT OF GENDER VIOLENCE

Miguel Ángel Gómez Salado

ABSTRACT

When female workers face traumatic and overwhelming situations such as domestic violence, their work life is inevitably impacted as well. This work aims to carry out an analysis with regard to the legal interpretation of the «absences motivated by the physical or psychological situation arising from gender violence» as a case excluded from the calculation of absenteeism, from the perspective of objective dismissal for absenteeism.

This is ultimately to analyze the specific legal regime of absences in the area of gender violence, envisaged by the Workers' Statute (Royal Legislative Decree 2/2015, of 23 October 2015) and the Organic Act 1/2004 dated December 28 on integrated protection measures against gender violence.

Keywords: gender violence, objective dismissal, termination of the work contract, female workers who are victims of gender violence and absenteeism.

Sumario

1. Introducción
2. La figura del absentismo laboral como causa del despido objetivo
 - 2.1. El absentismo laboral en cifras
 - 2.2. Marco jurídico del despido objetivo por absentismo
 - 2.2.1. El marco legal
 - 2.2.2. Problemas de aplicación. La interpretación judicial
3. El tratamiento jurídico de las ausencias de la trabajadora que sea víctima de violencia de género
 - 3.1. Las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género y su exclusión del cómputo del absentismo
 - 3.2. La protección de la trabajadora víctima de violencia de género ante el despido objetivo por absentismo
4. Reflexiones finales

NOTA: Este trabajo se enmarca dentro del Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Málaga, que incluye acciones destinadas a promover la transferencia de conocimiento y a potenciar la carrera investigadora de los miembros de esta institución.

1. INTRODUCCIÓN

El despido objetivo por absentismo es un instrumento que, de manera objetiva, podría utilizarse cuando disminuye la rentabilidad de las empresas debido a las ausencias reiteradas de los trabajadores, por su directa incidencia en la productividad y competitividad de la empresa, pero que, al mismo tiempo, puede configurarse como un «arma aterradora» en manos del empresario.

En este sentido, el escenario actual del apartado primero del [artículo 52 d\) del Estatuto de los Trabajadores](#) –en adelante ET– prevé la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses»¹.

Se trata, en cualquier caso, de una figura clásica de nuestro ordenamiento jurídico-laboral que ha experimentado cambios importantes en la extensión de su ámbito a la luz de las distintas reformas laborales, tanto las de finales del siglo pasado, como las relativamente recientes, si bien la mayor parte de estas reformas se han limitado a introducir nuevos supuestos de exclusión en el cómputo de las ausencias.

En esta línea, los apartados segundo y tercero del citado precepto matizan el alcance de dicha causa extintiva del contrato de trabajo al disponer que no se computarán a efectos del absentismo las faltas de asistencia enumeradas de forma expresa en esa misma disposición normativa. Ahora bien, al efecto del análisis que nos ocupa, únicamente nos detendremos en las que tienen su origen en la situación física o psicológica derivada del padecimiento de violencia de género, acre-

¹ Es preciso recordar que la reforma laboral de 2012 deroga la alusión que el artículo 52 d) del ET hacía al porcentaje de absentismo total de la plantilla de la empresa, eliminando del texto: «siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 por 100» en los periodos temporales que el precepto estima, lo cual otorga numerosas facilidades al empresario simplificando y generalizando las causas del despido objetivo. En este sentido, GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, I.: «La reforma laboral de 2012. El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Revista Justicia Laboral*, núm. 49, 2012, pág. 39; y MORENO I GENÉ, J.: «La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012», *RTSS.CEF*, núm. 350, 2012, págs. 5-52.

ditada por los servicios sociales de atención o por servicios de salud, según proceda, tal como se prevé en la redacción de la norma.

Como se expondrá en los epígrafes siguientes y como no podía ser de otro modo, el legislador se inclina tanto por mantener el empleo de las trabajadoras que sufren una situación de violencia de género, como por impedir todas las posibilidades de sanción empresarial por el ejercicio del derecho a faltar al trabajo, si ello se justifica por la atención médica o psicosocial que requieran estas trabajadoras para afrontar y superar su situación personal.

2. LA FIGURA DEL ABSENTISMO LABORAL COMO CAUSA DEL DESPIDO OBJETIVO

2.1. EL ABSENTISMO LABORAL EN CIFRAS

El absentismo laboral es, como habrá ocasión de comprobar, un fenómeno complejo e inevitable en el ámbito laboral, que varía por sectores y que presenta diferencias cuando se realizan comparaciones internacionales. Esto es, se trata de un fenómeno de naturaleza cambiante.

No obstante, para acreditar las variaciones que se producen en el ámbito cuantitativo, sería preciso, en primer término, acudir a las cifras objetivas. El problema es que, a día de hoy, no existen estadísticas oficiales que se asomen con detalle al nivel de absentismo en España². Ello no impide, sin embargo, que se pueden realizar estimaciones a partir de diversos informes así como de los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE).

Si nos situamos ante una panorámica comparativa, los diferentes análisis realizados sobre esta materia, y a falta de datos oficiales o más fiables que reflejen el impacto del absentismo a escala internacional, las conclusiones y cifras resultantes son indicativas de una situación en la que, particularmente, España, al igual que Suiza, con una tasa³ de absentismo del 4,7% y una media de 10,7 días perdidos de media por empleado y año –muy por encima de los 6,6 días de Australia o los 4,8 de Estados Unidos–, se sitúa a nivel internacional como uno de los primeros países con mayores niveles de bajas laborales, aunque se refleje esa tendencia cambiante en el tiempo a la que antes hemos aludido.

² En este sentido, ARIZA MONTES, J. A.: «Absentismo laboral en España: concepto, estadísticas y medidas de afrontamiento», *RTSS.CEF*, núm. 272, 2005, págs. 203-216; y CARRERAS ROIG, L.: «Impacto económico del absentismo laboral», en AA. VV., *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 27.

³ La tasa de absentismo ha sido estimada a partir de los datos de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL).

Bajas laborales (promedio de días perdidos por trabajador y año)*							
	Promedio 1960-1993	Promedio 1994-2008	Promedio 2009-2013	Media	Tendencia	Desv. típica	Desv. típica (% de la media)
Suiza	10,4	11,0	9,7	10,7	Cambiante	0,6	6 %
España	9,4	12,0	9,2	10,7	Cambiante	2,0	18 %
Finlandia	8,3	8,2	9,2	8,4	Alza moderada	0,7	8 %
Estonia	8,4	8,3	7,5	8,2	Estable	1,1	13 %
Dinamarca	6,6	7,1	7,3	7,1	Estable	0,4	6 %
Canadá	6,5	7,0	7,5	6,8	Alza moderada	0,6	9 %
Australia	6,3	7,1	n.d.	6,6	Alza moderada	0,5	8 %
Estados Unidos	5,2	4,5	3,7	4,8	Decreciente	0,6	12 %

* Esta tabla se ha extraído del «V Informe ADECCO sobre Absentismo Laboral», presentado en junio de 2016 y disponible en <http://www.adecco.es/SalaPrensa/EstudiosAdecco.aspx> (consultado el 14 de marzo de 2017). Los datos empleados proceden de la base de datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): «OECD Health Data», que en su versión más actualizada recoge información hasta el año 2013, aunque de forma incompleta.

Con respecto al carácter «cambiante» y al leve descenso en España desde el año 2008, cabe señalar que, si bien es cierto que las últimas reformas han contribuido a minorar la incidencia del absentismo laboral, también es evidente que estas reformas no han sido la única causa del descenso, ya que han influido otras múltiples causas derivadas de la crisis, como el miedo de los trabajadores (fundamentalmente de los más vulnerables: trabajadores enfermos, trabajadoras víctimas de violencia de género, personas discapacitadas, etc.) a la pérdida del empleo, o la necesidad de arrimar el hombro en épocas de crisis.

Si nos centramos en los sectores que componen nuestra economía, podemos observar que en el año 2015 la mayor tasa de absentismo⁴ se da en el sector servicios (4,9%), seguido de la industria (4,6%) y la construcción (un 3,2%). Es relevante hacer notar que en el periodo analizado (2000-2015) la tasa de absentismo en el sector de la construcción es muy inferior a la del resto de sectores.

Hay una percepción generalizada de que el absentismo es muy preocupante y de que tiene un impacto muy negativo en la productividad. Son numerosos estudios (en su mayoría de empresas y organizaciones privadas) los que sostienen que cuando sus cifras exceden los límites

⁴ Respecto a la tasa de absentismo, según la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL) y según el V Informe ADECCO, cabe destacar que la misma repunta en 2014 y 2015, después de haber bajado de forma continua entre 2007 y 2013. Este patrón es similar en los tres sectores.

de un fenómeno residual, se convierte en un serio problema para la productividad, y por ende en uno de los obstáculos a superar a la hora de plantearnos mejorar la competitividad de nuestro mercado de trabajo.

Sin embargo, hay quien cuestiona tal percepción y defiende que bajar los niveles de absentismo no nos asegura una mejora en la productividad, pero una gestión por objetivos, una empresa o administración bien organizada y una buena motivación sí que contribuirían a mejorarla⁵. Desde esta óptica, no es en la lucha contra el absentismo donde se encuentra la solución a la improductividad. En relación con lo anterior, un [informe de la OCDE](#)⁶ arroja interesantes datos y concluye que estar más horas en el puesto de trabajo no implica una mejora en la productividad, pues señala que los trabajadores españoles emplean 1.689 horas al año en su puesto de trabajo, más que los ingleses, franceses o alemanes. Y ello no supone, sin embargo, un mejor resultado, sino que, en cambio, cuentan con los rendimientos más bajos.

2.2. MARCO JURÍDICO DEL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO

2.2.1. El marco legal

Pese a que las empresas reconocen que se trata de un problema relevante, que genera serios problemas de organización, aumento de costes y mal clima laboral, más de la mitad ni siquiera tiene definido qué es el absentismo⁷.

Conviene destacar, a su vez, que no existe una definición unánime y universalmente aceptada en torno a este fenómeno. Y a ello habría que sumar que el propio ET no contiene ninguna definición de absentismo laboral⁸, si bien puede deducirse de esta norma que el absentismo laboral se trataría de aquella ausencia de un empleado de su puesto de trabajo, en horas que conciernen a un día laborable, siempre dentro de la jornada legal de trabajo. En este marco, progresivamente y para suplir esta falta de tratamiento integral en el ordenamiento laboral, la negociación colectiva⁹ se ha ido ocupando de introducir una sección concreta sobre productividad y

⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. y JANÉ ROCA, P.: «Que lo urgente no relegue lo importante: absentismo vs. productividad», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 48, 2014, pág. 137.

⁶ Informe «Hours worked» de la OCDE, disponible en <https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm> (consultado el 14 de marzo de 2017).

⁷ En este sentido, para un estudio concienzudo del concepto de absentismo, véase: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. y JANÉ ROCA, P.: «Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto», *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 11, 2014.

⁸ LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo», *Revista Aranzadi Social*, núm. 7. 2008, pág. 2.

⁹ Por ejemplo, puede consultarse el [Convenio Colectivo de ámbito estatal de las Empresas de Mediación de Seguros](#)

absentismo laboral, manifestando así el deber de todas las partes que intervienen en la relación laboral de contribuir a minorar las elevadas cifras que representa este fenómeno en cualquier estructura organizativa¹⁰.

Se puede decir, en una valoración jurídica global, que el ordenamiento laboral español tradicionalmente se ha posicionado a favor de los empresarios en lo que respecta a la configuración del absentismo laboral como causa de extinción de los contratos de aquellos empleados cuyas faltas de asistencia al trabajo hacen excesivamente onerosa la contraprestación empresarial que se deriva del contrato de trabajo¹¹.

Para comprender la situación actual del absentismo laboral y su complejidad desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, parece oportuno indicar que este fenómeno comprende, por un lado, las ausencias injustificadas –cuya configuración se sitúa en el marco del derecho sancionador o disciplinario– y, por otro, las ausencias justificadas –cuyo tratamiento se sitúa en el ámbito del despido por circunstancias objetivas–, dentro de las cuales se encuentran, a su vez, cuestiones tan significativas como las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, en cuanto supuesto excluido del cómputo del absentismo laboral.

En cualquier caso, y centrándonos ya en el régimen jurídico del absentismo como causa de la extinción del contrato por circunstancias objetivas¹², lo más conveniente es mencionar que su

Privados (BOE núm. 261, de 28 de octubre de 2016), que se refiere al absentismo en su artículo 9 bajo el epígrafe «productividad» y lo señala como uno de los «principales factores que inciden sobre la productividad». También, por ejemplo, el artículo 50 del **Convenio Colectivo estatal de Perfumería y Afines** (BOE núm. 16, de 19 de enero de 2016) hace hincapié en el «el grave quebranto que en la economía produce el absentismo cuando se superan determinados niveles» e incide en «la necesidad de reducirlo, dada su negativa incidencia en la productividad». No obstante, lo que más puede asombrar es que hay convenios que le brindan un artículo íntegro denominado «definición de absentismo», como el **Convenio Colectivo estatal para la Fabricación de Helados para el periodo 2007-2008** (BOE núm. 104, de 30 de abril de 2008), que en su artículo 34 señala: «Conscientes las partes del grave problema que supone el absentismo cuando se superan determinados niveles, consideran necesario, como un primer paso para su adecuado análisis y tratamiento, efectuar su definición. Por ello, acuerdan cuantificar el absentismo, entendido como la no presencia del trabajador en el puesto de trabajo». Asimismo, puede servir como ejemplo el artículo 14 del **Convenio Colectivo del Sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias** (BOPA núm. 224, de 26 de septiembre de 2016); así como el artículo 12 del **Convenio Colectivo del Sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias** (BOPA núm. 272, de 23 de noviembre de 2015); o el artículo 43 del **Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional** (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2013).

¹⁰ GÓMEZ SALADO, M. Á.: «Delimitación del concepto de "enfermedad grave" y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica», *RTSS.CEF*, núm. 397, 2016, pág. 22.

¹¹ GÓMEZ SALADO, M. Á.: «Delimitación del concepto de "enfermedad grave" y despido objetivo por...», *op. cit.*, pág. 21.

¹² En el campo jurídico-laboral, la justificación de las causas de extinción del despido objetivo descansa en la objetividad, puesto que debe partirse de un hecho no previsto ni buscado de forma intencionada por el empresario y que no

núcleo central en el ordenamiento laboral es, como se sabe, el [artículo 52 d\) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹³.

Para que el absentismo laboral pueda ser causa del despido objetivo, el ET, en la [letra d\) de su artículo 52](#) señala que el contrato de trabajo podrá extinguirse «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento 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 veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses».

2.2.2. Problemas de aplicación. La interpretación judicial

Sobre el sentido y alcance del [artículo 52 d\) ET](#) la jurisprudencia ha proporcionado los siguientes criterios interpretativos.

La intermitencia (lapso de tiempo o interrupción entre una ausencia y otras) en las faltas al trabajo ha de producirse en todo caso para que pueda operar esta causa de extinción. Esta exigencia ha sido precisada por la [Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2005](#)¹⁴, que indica de forma clara que «la ausencia de intermitencia en las faltas al trabajo impide de suyo la aplicación del art. 52 d) del ET».

Con respecto al cómputo de los periodos de dos y cuatro meses a que hace referencia el párrafo anterior, es preciso atender a la [Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010](#)¹⁵, que entiende que el cómputo de meses a que se refiere el artículo 52 d) se realizará de fecha a fecha –y no por meses naturales–. Esta interpretación se fundamenta en el artículo 5 del [Código Civil](#), el cual dispone que cuando no se disponga otra cosa y los plazos vengan señala-

obedezca a la mera conveniencia del mismo. Así pues, se trata de una modalidad de despido que permite al empresario rescindir unilateralmente el contrato de trabajo de aquellos trabajadores que no hayan incumplido sus obligaciones contractuales, con una indemnización que no disuade en modo alguno de su utilización, impulsando, sin lugar a dudas, la flexibilidad de salida del mercado laboral. (Véase SALA FRANCO, T.: «Puntos críticos para un debate sobre la reforma laboral de 2012», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 10, 2013, págs. 31-44). Téngase en cuenta que el despido por circunstancias objetivas debe fundamentarse, inexcusablemente, en alguno de los cinco motivos recogidos por el legislador en el artículo 52 del ET, en particular, en la ineptitud del trabajador, así como en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas introducidas en su puesto de trabajo, o en alguna de las llamadas causas empresariales –económicas, técnicas, organizativas o de producción–, e incluso en la insuficiencia de consignación presupuestaria pública. Por último, se encuentra la causa asentada en las faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero intermitentes, también conocida como absentismo laboral.

¹³ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹⁴ STS de 26 de julio de 2005 (rec. núm. 3406/2004).

¹⁵ STS de 9 de diciembre de 2010 (rec. núm. 842/2010).

dos por meses, se computarán de fecha a fecha. Como se sabe, si se entendiera que el cómputo se refiere a meses naturales, ciertos días de falta de asistencia del trabajador podrían quedar fuera del cómputo cuando esta tiene lugar en los últimos días de un mes y primeros del siguiente¹⁶.

En relación con el cómputo del porcentaje de las ausencias, este no se tiene que alcanzar necesariamente en cada uno de los dos periodos de referencia singularmente tenidos en cuenta, esto es, en cada uno de los dos meses consecutivos, o en cada uno de los cuatro discontinuos, sino que es suficiente con que las faltas de asistencia en su conjunto se alcancen en los periodos totales de referencia¹⁷.

Otra cuestión que se ha planteado es si para el cálculo del absentismo a los efectos del despido objetivo se han de tener en cuenta las jornadas completas o el sumatorio de minutos de ausencia al trabajo de un empleado. A este respecto, una reciente [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía](#)¹⁸ ha señalado que las jornadas que se deben computar a efectos del cálculo del absentismo laboral son jornadas completas y no ausencias parciales (o por minutos) del puesto de trabajo. Dicha sentencia dispone que la norma reguladora del despido no puede interpretarse de manera extensiva sino estricta. De esta forma, si el ET utiliza el término «jornadas hábiles», no cabe duda de que se refiere a la jornada completa y no a una ausencia parcial de la jornada. Además, ello es así puesto que el ET tiene una vocación de generalidad, o lo que es lo mismo, procura una aplicación uniforme sobre la totalidad de los trabajadores, de tal forma que una interpretación restrictiva supondría tratar de un modo menos favorable a los trabajadores que desempeñan sus funciones en empresas que tienen un control horario por minutos.

Es relevante, igualmente, la cuestión relativa al número de jornadas hábiles de cada mes. Para definir este número, se ha de considerar el calendario laboral del trabajador y no el de la empresa o centro de trabajo, en caso de que este sea diferente, excluyendo aquellos días que coincidan con festivos, disfrute de vacaciones, libranzas, etcétera, en los cuales el trabajador no preste servicios. Sobre esta cuestión, se manifiestan, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 19 de septiembre de 2007 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de abril de 2011¹⁹.

Por otra parte, conviene aclarar que la norma excluye expresamente del cómputo del absentismo un amplio repertorio de faltas de asistencia como ausencias computables para este despido²⁰,

¹⁶ En este sentido, también se pronuncian las SSTSJ de Andalucía/Granada de 10 de abril de 2014 (rec. núm. 429/2014), de Aragón de 3 de octubre de 2014 (rec. núm. 574/2014) y de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2015 (rec. núm. 901/2015).

¹⁷ STS de 5 de octubre de 2005 (rec. núm. 3648/2004).

¹⁸ [STSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de mayo de 2016 \(rec. núm. 1402/2015\)](#).

¹⁹ SSTSJ de Andalucía/Granada de 19 de septiembre de 2007 (rec. núm. 1047/2007) y de la Comunidad Valenciana de 8 de abril de 2011 (rec. núm. 469/2011).

²⁰ Tras la lectura de la larga lista de exclusiones previstas en la norma, un primer sector doctrinal considera que se trata

que no es fácil de interpretar y que genera una enorme confusión²¹. Concretamente, el párrafo segundo del artículo 52 d) del ET establece que no serán computadas como faltas de asistencia las ausencias –independientemente de que la negociación colectiva pueda excluir del cómputo otras ausencias–²² que sean debidas a los siguientes motivos: huelga legal por el tiempo de duración de la misma; el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; accidente de trabajo; maternidad y paternidad; riesgo durante el embarazo y la lactancia, así como enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia; licencias y vacaciones; enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos; y las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o por los servicios de Salud. Aun así, se han incorporado en un tercer párrafo, como ausencias no computables, las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Como habrá ocasión de comprobar en el siguiente epígrafe, nos referiremos únicamente a las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género debidamente acreditada por los servicios sociales de atención o por los servicios de Salud.

3. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS AUSENCIAS DE LA TRABAJADORA QUE SEA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

De lo anterior se deduce que el despido objetivo por absentismo continúa siendo una figura escandalosa, difícil de abordar por su complejidad y que ejerce un desafío permanente en el sistema español de relaciones laborales. A efectos de profundizar en el tratamiento de este tema es importante realizar un análisis exhaustivo de uno los supuestos que se excepcionan del cómputo

de una lista abierta o meramente enunciativa de las faltas de asistencia al trabajo que no computan, en la que pueden incorporarse otras faltas de asistencia diferentes a las enumeradas en el precepto, pero con semejante causa o motivación (puede verse el trabajo de SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pág. 36). En cambio, para otro sector doctrinal, nos encontramos ante una lista de faltas de asistencia al trabajo cerrada o de naturaleza taxativa a efectos de su exclusión del cómputo, con base en el tenor literal del artículo 52 d) (pueden verse los trabajos de ASQUERINO LAMPARERO, M. J.: «Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador», *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Otros Tribunales*, núm. 5, 2006, págs. 69-88, y de ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3, 1980, pág. 415). Sea como fuere, la lista no hace mención expresa a otras faltas de asistencia que guardan cierta o total identidad con los supuestos que sí aparecen citados expresamente en el precepto analizado, como sucede en el supuesto de cierre patronal, situaciones de desempeño de cargo público o representativo, o privación de libertad, entre otros muchos supuestos.

²¹ En este sentido, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 9 de junio de 2009 (rec. núm. 3265/2008) dispone que «la mera lectura de la lista de supuestos que no se computan es tan extensa que induce a la confusión, por lo que utiliza una típica técnica eufemística, muy típica en la legislación laboral, cuando no se atreve a mencionar expresamente cuál es la situación de hecho que se pretende perseguir o evitar».

²² STSJ de Navarra de 19 de abril de 2004 (rec. núm. 137/2004).

del absentismo y que mantiene una estrecha relación con el padecimiento de una situación de violencia de género –fenómeno invisible durante décadas–, por ello, en las siguientes líneas se pretende abordar el tratamiento jurídico de aquellas inasistencias de la trabajadora que tengan relación directa con la violencia de género que padece.

3.1. LAS AUSENCIAS MOTIVADAS POR LA SITUACIÓN FÍSICA O PSICOLÓGICA DERIVADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU EXCLUSIÓN DEL CÁLCULO DEL ABSENTISMO

Por lo que se refiere a la violencia de género²³, entendida como aquella que se ejerce sobre las mujeres por parte de los hombres que sean o hayan sido sus cónyuges o que estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad con o sin convivencia²⁴, desde un planteamiento antropológico puede afirmarse que ha existido desde la antigüedad. Pero es que, hoy en día, la violencia de género sigue existiendo, en mayor o menor número, en todas las sociedades actuales, civilizadas o no, desde todos los planos –nacional, comunitario e internacional–, conformando una de las manifestaciones más evidentes de la subordinación, desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres²⁵.

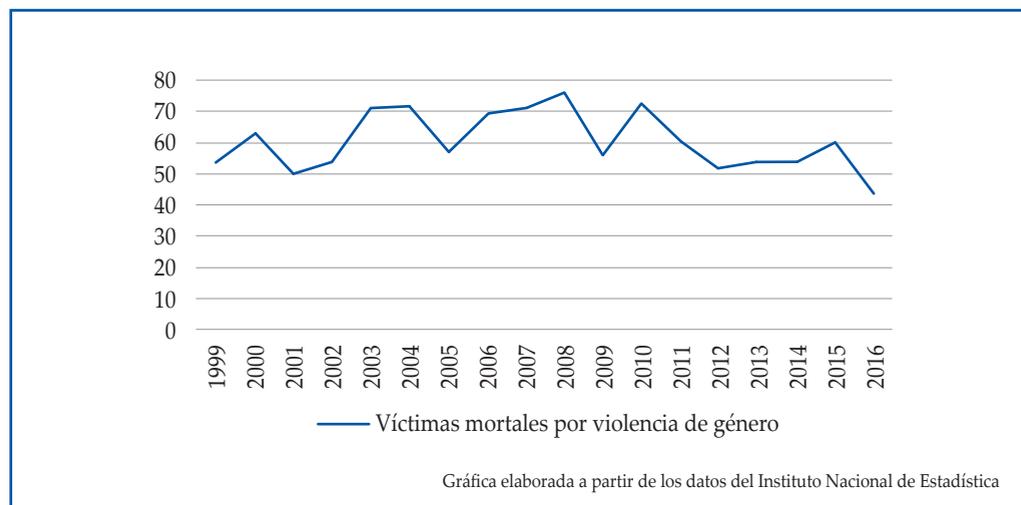
Las cifras y estadísticas en materia de violencia de género que aparecen en los medios de comunicación nos conmocionan cada día. En concreto, como se puede ver en el siguiente gráfico, la cifra oficial de mujeres asesinadas a manos de sus parejas, exparejas o personas de las que se estaban separando, en España durante el año 2016 fue de 44 personas, lo que supone un descenso respecto del año anterior, en el que se produjeron 60 víctimas mortales. Hay que decir también que en más de la mitad de los casos las víctimas habían denunciado²⁶ y el 25% de estas contaba con medidas de protección. Y no se puede olvidar que más de la mitad de las víctimas de violencia machista durante el año 2016 tenían entre 31 y 50 años, mientras que un 18% no llegaba a los 30 años. Estamos, pues, ante una de las lacras más preocupantes de la sociedad actual.

²³ En lo que respecta a esta materia, son recomendables las siguientes lecturas: RODRÍGUEZ ORGAZ, C. y ROMERO BURILLO, A. M.: *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2016; y DEL POZO PÉREZ, M. y GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas*, Granada: Comares, 2015.

²⁴ GARCÍA ROMERO, B.: «La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 4, núm. 11, 2012, pág. 119.

²⁵ LAURENZO COPELLO, P.: «La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pág. 18.

²⁶ En este contexto, el maltrato hacia los hijos es una de las principales razones que empujan a las mujeres a denunciar.

Víctimas mortales por violencia de género: 1999-2016²⁷

Con la finalidad de hacer frente a la violencia de género y tomando como punto de partida las reflexiones internacionales en torno a este terrible fenómeno, se emprende una lucha activa y laboriosa desde todos los ámbitos políticos, económicos, sociales y culturales, que contribuya a superar los actuales obstáculos que imposibilitan o dificultan la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. De ahí que se apruebe en España, por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, la [Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre](#), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –en lo sucesivo LOIVG–²⁸.

Pues bien, esta ley²⁹, en su artículo 1, apartado primero, define la violencia de género como aquella que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares

²⁷ Sin duda, puede verse al respecto la publicación electrónica «Mujeres y hombres en España: Mujeres y Hombres en España», realizada por el Instituto Nacional de Estadística en colaboración con el Instituto de la Mujer: <http://www.ine.es/> (consultado el 14 de marzo de 2017).

²⁸ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

²⁹ Por su interés en el terreno laboral y de Seguridad Social, debemos destacar que la finalidad primordial de esta ley es posibilitar la conciliación de las exigencias de la relación laboral y del empleo público con las circunstancias de las trabajadoras o empleadas públicas en situación de violencia de género, para impedir así que abandonen el mercado de trabajo o el empleo público. Asimismo, se disponen medidas protectoras concretas de naturaleza laboral y económica en aquellos supuestos en que estas trabajadoras se ven forzadas a dejar su puesto de trabajo temporal o definitivamente. Finalmente, una serie de medidas muy heterogéneas se prevén para las mujeres que son víctimas de violencia de género y que no se encuentran empleadas, con el propósito de favorecer su inserción laboral y, en consecuencia, su independencia económica.

de afectividad, aun sin convivencia». Ciertamente, la violencia de género a que se refiere la citada ley comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». Antes de nada, conviene aclarar que la violencia física incluye cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de ocasionar lesión física o daño. En cambio, el otro tipo de violencia al que se hace mención, es decir, la violencia psicológica, engloba toda conducta, verbal o no verbal, que provoque en la mujer desvalorización o sufrimiento mediante amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, insultos, coerción, aislamiento, limitaciones de su ámbito de libertad o culpabilización.

Dicha norma contempla en su título I los derechos de las víctimas de la violencia de género y, entre ellos, llaman la atención los derechos laborales a que tienen acceso tales mujeres, los cuales les permiten justificar sus ausencias del puesto de trabajo, variar las magnitudes espacio-temporales de la actividad, la suspensión con reserva del puesto de trabajo, o la extinción definitiva del contrato de trabajo por voluntad de la propia trabajadora³⁰.

Las faltas de asistencia³¹ al trabajo cuentan con un régimen específico en el ámbito de la violencia de género y, más concretamente, en el capítulo II del título I de la **LOIVG**, en cuanto que el artículo 21.4 de la **LOIVG** dispone que las ausencias «motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad». A este respecto y como punto de reflexión se ha de tener en cuenta, de un lado, que el fundamento que justifica las ausencias al trabajo es el debilitamiento físico o psicológico derivado del maltrato, por constituir hechos que no dependen de la voluntad de la trabajadora, de los cuales no es en modo alguno culpable y que le imposibilitan acudir a su puesto de trabajo. Y, de otro lado, que el beneficio más significativo de la justificación de las ausencias se corresponde con el mantenimiento del empleo, lo cual es sumamente importante, en la medida en que el empleo y la independencia económica de las mujeres víctimas de violencia de género son indispensables para la reconstrucción de su autoestima y para garantizar, en resumidas cuentas, su protección³².

³⁰ GARCÍA ROMERO, B.: «La violencia de género desde la perspectiva del...», *op. cit.*, pág. 121. En este sentido, también pueden ser recomendables las siguientes lecturas: FRAGUAS MADURGA, L.: «El reconocimiento por la negociación colectiva de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188., 2016, págs. 249-299; y MINGO BASAIL, M. L.: «Situación de los derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género en España. Evolución legislativa, contenido, protección y posibles líneas de actuación», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extra 3, 2007, págs. 121-136.

³¹ Hay que recordar que el artículo 52 d) del ET se refiere a las «faltas de asistencia», de lo que cabe deducir que en el cómputo de las mismas no deben considerarse incluidos los retrasos o las faltas de puntualidad. Por tanto, en lo que se refiere a la configuración del absentismo laboral como causa del despido objetivo, puesto que el ET exige, en primer lugar, que se trate de faltas de asistencia al trabajo, en lo sucesivo no nos referiremos a las faltas de puntualidad.

³² Sobre esta cuestión, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV). Las ausencias al trabajo y su relación con el despido», en AA. VV., *Violencia de género y derecho del trabajo: es-*

En atención a las anteriores precisiones y en lo relativo al despido objetivo por absentismo laboral, puede advertirse que la mayor parte de las reformas que ha experimentado el artículo 52 d) del ET se han limitado a introducir nuevos supuestos de exclusión. Así sucede con la [LOIVG](#), que incorpora al elenco de supuestos excluidos del cómputo del absentismo las faltas de asistencia que tengan su origen en la situación física o psicológica derivada del padecimiento de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención, o por servicios de salud, en la medida en que esta exclusión no existía en la normativa anterior. De esta forma, tras la entrada en vigor de dicha norma, se incorpora a la redacción del artículo 52 d) del ET una reseña específica sobre el absentismo derivado de situaciones de violencia de género³³.

De lo anterior se deduce que nuestro ordenamiento jurídico le otorga, a las faltas de asistencia de la trabajadora que tengan vínculo directo con la violencia de género que padece, la misma protección que a las ausencias debidas a: huelga legal por el tiempo de duración de la misma; el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; accidente de trabajo; maternidad y paternidad; riesgo durante el embarazo y la lactancia, así como enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia; licencias y vacaciones; enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos; y las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Al excluirse del cómputo del absentismo las ausencias motivadas por situaciones de violencia de género, puede apreciarse una intención del legislador hacia soluciones que permitan la continuidad del contrato de trabajo frente a las circunstancias que pueden resultar del hecho sobrenvenido de la violencia doméstica.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la [LOIVG](#), no se reguló en el ET ningún permiso retribuido para los supuestos en que se ausenten estas trabajadoras. El [artículo 37.3 del ET](#) enumera, bajo el epígrafe de permisos, una serie de casos en los que los trabajadores, previo aviso y justificación o en algunos casos justificándolo *a posteriori*, pueden ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración³⁴. En el caso que nos ocupa, al no haberse incorporado al [artículo 37 del ET](#) ningún permiso específico para las trabajadoras que sean víctimas de situaciones de violencia de género³⁵, no existe obligación alguna de retribuir estos periodos de faltas de asistencia. Ello pone de manifiesto una cierta desprotección de estas trabajadoras, pues la no regulación

tudios actuales sobre puntos críticos, Madrid: La Ley, 2012, pág. 428; y CARRASCOSA BERMEJO, M. D.: «Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica», *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011, pág. 59.

³³ Precisamente, los principales derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia se configuran a través de las modificaciones que se introducen en el ET.

³⁴ Estos supuestos pueden ser mejorados por convenio colectivo o contrato individual.

³⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Permisos que propician la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y los establecidos por razón de violencia de género», en AA. VV., *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Badajoz: Ministerio de Trabajo e inmigración, 2009, págs. 149-167.

como permiso retribuido en el [artículo 37.3 del ET](#) aparenta permitir el descuento de los salarios correspondientes a las faltas de asistencia, «salvo, naturalmente, si esas ausencias encontrasen amparo en algún permiso retribuido –como el traslado del domicilio habitual *ex* artículo 37.3 c) del ET o la asistencia a diligencias judiciales *ex* artículo 37.3.d) del ET–»³⁶. Para hacer frente a esta desprotección, los sindicatos, entre otros, siguen luchando para que se regule un permiso o licencia retribuida para las víctimas de violencia de género, similar al que el [Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público –en adelante, EBEP–, reconoce a las empleadas públicas víctimas de violencia de género que se acogen a una excedencia por esta causa³⁷.

Vistas así las cosas, dado que en esta materia los permisos se encuentran regulados en el ET con carácter de mínimos y dado que mediante negociación colectiva se pueden introducir otros motivos, la norma puede ser perfeccionada en beneficio de estas trabajadoras vía negociación colectiva³⁸, incorporando un permiso con derecho a retribución³⁹ que comprenda las ausencias a que nos referimos o bien crear supuestos nuevos que hagan referencia a la trabajadora víctima de una situación de violencia de género⁴⁰.

³⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Aspectos laborales y seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja», *Revista del Poder Judicial*, núm. 88, 2009, págs. 267-299.

³⁷ Según dispone el artículo 89 del EBEP: «Las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma [...]. Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo». Véase DA COSTA NEWTON, P. C.: «Reflexiones sobre el permiso por razón de la violencia de género a la luz de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», en AA. VV., *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Badajoz: Ministerio de Trabajo e inmigración, 2009, págs. 111-129.

³⁸ Por ejemplo, puede consultarse el [Convenio Colectivo del sector Comercio de Óptica de Zaragoza](#) (BOP de Zaragoza núm. 287, de 15 de diciembre de 2016), que establece en su artículo 22 bajo el epígrafe «licencias retribuidas» que «los/as trabajadores/as víctimas de violencia de género dispondrán de hasta cinco días de permiso retribuido debidamente justificado por los servicios sociales de atención o servicios de salud». Del mismo modo, puede tomarse como referencia el [Convenio Colectivo del sector de las Industrias Transformadoras de Plásticos de la provincia de Valencia](#) (BOPV núm. 98, de 24 de mayo de 2016), que dispone en el epígrafe «licencias retribuidas» de su artículo 53: «La persona víctima de violencia de género o doméstica, siempre que tenga esa condición legalmente reconocida, tendrá derecho a los permisos retribuidos necesarios para asistir a los servicios sociales, policiales o de salud, previa acreditación de su necesidad». O el [II Convenio Colectivo Sectorial de Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica](#) (BOE núm. 230, de 23 de septiembre de 2004), que fija en su artículo 16 un permiso retribuido del tiempo necesario para aquellos trabajadores que sean víctimas de violencia doméstica, «para la asistencia a tratamientos médicos y comparecencias judiciales» y «para normalizar su situación».

³⁹ KAHALE CARRILLO, D. T.: «El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los Convenios Colectivos», *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, págs. 1.855-1.873.

⁴⁰ FRAGUAS MADURGA, L.: «El reconocimiento por la negociación colectiva de los derechos...», *op. cit.*, pág. 282.

3.2. LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO ANTE EL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO

El despido de una trabajadora que esté siendo objeto de violencia de género supone, de la misma manera que para cualquier otro trabajador, una circunstancia angustiante y difícil de afrontar que se suma a la terrible situación personal que está viviendo. Por ello, a la protección genérica que nuestro ordenamiento jurídico-laboral concede a cualquier trabajador frente al despido, se agrega otra protección específica frente a la extinción del contrato por causas objetivas, dedicada propiamente a las trabajadoras que se ausenten de su puesto de trabajo y que sean asimismo víctimas de maltrato doméstico.

En concreto, las trabajadoras, si son mujeres víctimas de violencia de género y por esa causa faltan al trabajo por seguir un tratamiento que solventa los problemas físicos o psicológicos que el maltrato les ha provocado, el empresario no podrá computar dichas faltas de asistencia en los porcentajes que la norma señala⁴¹. Según lo dispuesto por los artículos 23 y 21.4 de la Ley Orgánica a que nos referimos, este derecho solo puede ser reclamado por la mujer que haya sido objeto de violencia de género y que, por tanto, tenga la condición de mujer víctima de violencia de género. La víctima obtiene tal condición cuando solicite y le sea concedida una orden de protección o, en su caso, excepcionalmente, el informe favorable del Ministerio Fiscal que muestre la existencia de indicios de que la interesada es víctima de violencia de género⁴². Esto último es importante, pues si no se porta dicha orden de protección o su acreditación sustitutiva, no podrá excluirse del cómputo la ausencia de la trabajadora.

⁴¹ Lo que se pretende es, sin duda, impedir que el empresario se aproveche de estas trabajadoras en circunstancias de especial vulnerabilidad.

⁴² La limitada jurisprudencia existente requiere que se acredite la condición de víctima de violencia de género: STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de noviembre de 2007 (rec. núm. 1117/2007); STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 28 de septiembre de 2009 (rec. núm. 45/2009); STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2008 (rec. núm. 587/2007), que resuelven diferentes conflictos acerca del ejercicio de derechos laborales a favor de la víctima de violencia de género, partiendo siempre de que la trabajadora cumple con las exigencias para su acreditación en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la LOIVG. En la misma línea, la STSJ del País Vasco de 2 de febrero de 2010 (rec. núm. 3021/2009), deniega el ejercicio de tales derechos por la inexistencia de orden judicial de protección, ni título de acreditación de dicha situación emitido por el Ministerio Fiscal. Asimismo, la STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2015 (rec. núm. 258/2015) refleja cómo computan a efectos del absentismo las inasistencias de una trabajadora víctima de violencia de género, «pues el artículo 23 de la Ley Orgánica contra la Violencia Doméstica 1/2004, que regula la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras dispone que "Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección", y en el relato fáctico no consta que exista una orden de protección a favor de la actora ni el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, requisito imprescindible según el precepto».

Debe tenerse presente que el artículo 52 d) requiere que esta situación de violencia produzca en la trabajadora un deterioro físico o psicológico, que deberá acreditarse a través de un informe expedido por los servicios sociales de atención a víctimas de la violencia de género o bien por los servicios de salud correspondientes.

Sin embargo, salta a la vista que el precepto anterior no se refiere expresamente a otras formas de violencia de las que pudiese ser víctima el trabajador, de manera que las mismas quedarán al margen de esta previsión⁴³.

En cuanto a la comunicación de las ausencias, estas no han de ser comunicadas con preaviso, pero si la víctima tuviese conocimiento previo de las mismas y en favor del principio de buena fe, sería conveniente. A tenor de lo anterior es preciso mencionar que la LOIVG, en su artículo 21.4, solamente requiere que estas inasistencias «sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad» posible. En el supuesto de que se incumpliesen las exigencias de comunicación y justificación, la inasistencia computaría a efectos del absentismo⁴⁴, «sin que pueda alegarse una intromisión en el derecho a la intimidad de la trabajadora»⁴⁵.

Es aconsejable considerar además el artículo 64.2 del ET que, al enunciar los derechos del comité de empresa señala que tendrá derecho a ser informado trimestralmente, entre otras materias, «de las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas». No obstante, atendiendo literalmente a lo recogido en el precepto, se desprende que el comité de empresa tiene derecho a conocer únicamente el porcentaje de ausencias que vienen derivadas de situaciones de violencia de género pero no, como es razonable, la identidad de la concreta trabajadora que las ha padecido⁴⁶.

⁴³ MORENO GENÉ, J.: «La nueva configuración de la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la Ley 3/2012», en AA. VV., *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 195.

⁴⁴ Las faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género computan a efectos del absentismo si incumplen las exigencias de comunicación y justificación, tal y como se desprende de la *STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2015 (rec. núm. 258/2015)*. En dicha sentencia se indica que «la actora nunca comunicó a la Empresa que era víctima de violencia de género, desconociendo la misma la existencia de tal situación, a la fecha del despido de la actora, así como la existencia de certificado médico alguno al respecto», con lo cual sus inasistencias computaron a efectos del absentismo. En concreto, señala la sentencia: «Para que no se computen estas ausencias entendemos que la trabajadora debe poner en conocimiento de la empresa que está siendo objeto de violencia de género, pues así se viene a recoger en el artículo 21. 4 de la Ley Orgánica contra la Violencia Doméstica 1/2004, que señala que las ausencias deben ser comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad y entendemos que lo que debe ser comunicado a la empresa es esa situación de violencia de género, pues toda ausencia al puesto de trabajo debe ser justificada a la empresa, por lo que entendemos que no es correcto declarar el despido nulo como se hace en la instancia por el solo hecho de que la empresa adquiriera el conocimiento de que la actora sufría violencia de género cuando se celebra el acto de conciliación, pues es un momento posterior a que se adoptara la decisión de despedir a la trabajadora, quien además pudo alegar que padecía violencia de género cuando se le dio la posibilidad de efectuar alegaciones respecto a esas ausencias antes de proceder al despido y la trabajadora no hizo manifestación alguna».

⁴⁵ FRAGUAS MADURGA, L.: «El reconocimiento por la negociación colectiva de los derechos...», *op. cit.*, pág. 282.

⁴⁶ SELMA PENALVA, A.: «Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 9, sección Estudios, quincena del 1 al 15 de mayo de 2011, pág. 5.

Por otra parte, creo oportuno señalar, al igual que han hecho otros autores⁴⁷, que cuando el texto legal menciona que las faltas de asistencia han de estar «motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género», la norma se refiere a las ausencias de la trabajadora necesarias para asistir a consultas de tratamiento psicológico, las cubiertas por una baja por enfermedad para tratar y curar las lesiones físicas o psicológicas, las faltas de asistencia originadas por el menester de realizar trámites de asistencia letrada, para asistir a comparecencias judiciales, para cambiar de lugar de domicilio o residencia, etcétera. Todo ello constituye, sin duda, no un mecanismo laboral destinado a posibilitar el alejamiento de la trabajadora víctima de la violencia de género del agresor, sino más bien de una herramienta para que el desempeño de la relación laboral no imposibilite la recuperación física o psíquica de la víctima.

Con todo lo anterior, es muy importante insistir en que el legislador se inclina, en primer lugar, por mantener el empleo de las trabajadoras que sufren una situación de violencia de género y, en segundo lugar, por impedir todas las posibilidades de sanción empresarial por el ejercicio del derecho a faltar al trabajo, si ello se justifica por la atención médica o psicosocial que requieran estas trabajadoras para afrontar y superar su situación personal⁴⁸. En tercer y último lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, también se inclina el legislador por evitar el acoso que pueda tener lugar a la entrada o salida del trabajo en un horario regular⁴⁹.

Una cuestión que no queda clara de la regulación estatutaria es si el despido por circunstancias objetivas de la trabajadora víctima de violencia de género basado en el [artículo 52 d\) del ET](#), en donde se incluyan en el cómputo del absentismo sus ausencias al trabajo motivadas por el ejercicio de los derechos relativos a su situación física o psicológica derivada de violencia de género, va a desencadenar que el despido sea calificado como improcedente, o como nulo por los tribunales⁵⁰.

En este caso, la solución no es clara porque la [Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género](#) omitió esta cuestión que ha venido a solventar, en parte, la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵¹ al establecer en los artículos 53.4 b) para el despido por causas objetivas y en el 55.5 b) para el despido

⁴⁷ En este sentido, GARCÍA ROMERO, B.: «La violencia de género desde la perspectiva del...», *op. cit.*, pág. 128; y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La protección jurídico laboral de las mujeres víctimas de violencia de género», en AA. VV., *La presencia femenina en el mundo laboral. Metas y realidades*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2006, pág. 33.

⁴⁸ Efectivamente, con la redacción del ET actual, se opta por impedir que el empresario dirija acciones sancionadoras contra la trabajadora en virtud del ejercicio de los derechos que la legislación otorga a las mujeres víctimas de la violencia de género.

⁴⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *Absentismo laboral*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pág. 145.

⁵⁰ En relación con la calificación del despido de la trabajadora víctima de violencia de género, PERÁN QUESADA, S.: «La protección de la trabajadora víctima de violencia de género ante el despido. Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 3 de octubre de 2008», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 16, 2009, págs. 33-40; y ORTIZ LALLANA, M. C.: «La violencia de género en la relación de trabajo en España», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 4, 2013, págs. 73-103.

⁵¹ BOE núm. 71, de 23 marzo de 2007.

disciplinario⁵² del ET y el concordante artículo 108.2 b) de la [Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social⁵³, que el despido será calificado como nulo cuando se despidiera a una trabajadora víctima de violencia de género «por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley». Y no es clara porque, como se ve, de la redacción literal del precepto no se puede deducir, sin lugar a dudas, que también será nulo el despido disciplinario y el objetivo basado en «las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género», tal y como señala el artículo 24.1 de la [LOIVG](#).

Y el problema que se plantea no es baladí porque el reforzamiento de la protección proviene del establecimiento de un único sistema dual de calificación del despido. En estos casos, solo cabe la calificación del mismo como nulo o como procedente. Es decir, lo que el legislador ha establecido es la presunción legal de que, existiendo el despido de una trabajadora durante el ejercicio de sus derechos laborales derivados de su protección integral como víctima de violencia de género, el despido debe ser considerado nulo, debiendo el empresario romper la presunción al justificar la existencia de razones diferentes que justifiquen la decisión extintiva. Pero como hemos visto, no se ha hecho así, olvidando o no queriendo incluir expresamente que también el derecho al ejercicio de faltar al trabajo motivado por las causas señaladas ampara a la trabajadora con la nulidad del despido, pues podría haber contemplado simplemente por el ejercicio de los derechos que se reconocen en el ET a las mujeres víctimas de violencia de género. O simplemente incluyendo entre las causas de discriminación prohibidas del [artículo 17.1 del ET](#) la de la violencia de género, solucionando de esta forma la calificación de discriminatorio, y su consecuencia de nulidad y falta de efectos de cualquier decisión o disposición, basada en su situación de víctima de violencia de género, máxime cuando la [LOIVG](#) lo que pretendía era evitar que cualquier circunstancia ligada a tal situación pudiera influir en la relación de trabajo. No obstante parece que nos encontramos con una protección limitada únicamente a los supuestos expresamente previstos por la ley, por lo que una vez más serán los tribunales los que tengan que clarificar la cuestión porque nada impide que la mujer víctima de violencia de género pueda hacer valer el derecho al que venimos aludiendo acudiendo a la cláusula general contenida en el [artículo 53.4 del ET](#)⁵⁴ cuando prevé que el despido será calificado como nulo «cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador [...] debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio»⁵⁵.

⁵² Los empresarios no pueden despedir disciplinariamente cuando las ausencias o faltas de puntualidad en el trabajo se encuentren motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género, y así se determinen por los servicios sociales o de salud, ya que se consideran justificadas.

⁵³ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

⁵⁴ Y el concordante artículo 108.2 de la [LRJS](#).

⁵⁵ Sobre esta cuestión véase MEDINA CASTILLO, J. E.: «El régimen extintivo del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género. Aspectos procesales», en AA. VV., *La perspectiva laboral de la Protección Integral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar*, Granada: Comares, 2009, págs. 164 a 116.

4. REFLEXIONES FINALES

En fin, como se ha apuntado, en cuanto a las trabajadoras, si son mujeres víctimas de violencia de género y por esa causa faltan al trabajo, por seguir un tratamiento que solvante los problemas físicos o psicológicos que el maltrato les ha provocado, el empresario no podrá computar dichas faltas de asistencia en los porcentajes que la norma señala.

No obstante, el hecho de que el abono del salario o no, de los periodos en que estas trabajadoras se ausenten de su puesto de trabajo, dependa de la voluntad de la negociación colectiva obstaculiza la protección integral y transversal que procura el legislador. Como sabemos, son escasos los convenios colectivos que han incorporado un permiso con derecho a retribución que comprenda las ausencias a que nos referimos.

Para concluir, el supuesto excluido del cómputo del absentismo que se ha analizado supone un gran avance para que el desempeño de la relación laboral no imposibilite la recuperación física o psíquica de la víctima, y también a efectos del mantenimiento del empleo de las trabajadoras que sufren una situación de violencia de género⁵⁶. Pero ello no es suficiente, aún queda mucho camino por recorrer para erradicar la violencia contra las mujeres, e informar a las víctimas de sus derechos y de los instrumentos previstos para su protección.

⁵⁶ Acerca de esta materia véase VILA TIerno, F.: «Medidas de mantenimiento de empleo para las trabajadoras víctimas de violencia de género», en AA. VV., *La perspectiva laboral de la Protección Integral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar*, Granada: Comares, 2009, págs. 251-276; y SALAS PORRAS, M.: «Las políticas públicas de creación de empleo para las mujeres víctimas de violencia de género», en AA. VV., *La perspectiva laboral de la Protección Integral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar*, Granada: Comares, 2009, págs. 301-328.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0