

DESPIDO POR ENFERMEDAD CRÓNICA Y PRODUCTIVIDAD: SUMANDO REVESES COMUNITARIOS A LA REFORMA LABORAL

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015, rec. núm. 3689/2015**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

Cuán extraño debió resultar este Arte de la Escritura en su primera Invención lo podemos adivinar por los Americanos [«Indios»] recién descubiertos, que se sorprendían al ver Hombres que conversaban con Libros, y a duras penas podían hacerse a la idea de que un Papel pudiera hablar... (historia contada por el obispo inglés John Wilkins en su Mercury, Or The Secret and Swift Messenger, 1641).

Umberto Eco

Los límites de la interpretación

1. EL MARCO LEGAL: EL FAVOR NACIONAL POR EL DESPIDO DE LOS ABSENTISTAS TIENE LÍMITES INTERNACIONALES

En la [primera glosa jurisprudencial](#) he evidenciado cómo se ha ido generando, en virtud del principio de primacía del Derecho Social Comunitario, junto al intenso activismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una extrema incertidumbre sobre cómo aplicar el régimen nacional de despido colectivo, sumando un plus de inseguridad y litigiosidad a uno de los «puntos más calientes» de la reforma laboral. Pero con ser este aspecto de la reforma laboral uno de los más señeros, por su impacto mediático, en ilustrar esa constante e intensa tensión entre ambos niveles de la regulación y de la jurisdicción, en un sistema «multinivel» cada vez más complejo y dinámico, no es ni mucho menos el único, multiplicándose las situaciones jurídico-laborales en las que el inexorable «diálogo» entre la jurisdicción comunitaria y la nacional presenta una forma más conflictiva que amistosa. Ese es el caso también, por lo que aquí interesa, del nuevo régimen legal dado al –o pretendido para el– «*despido objetivo por absentismo laboral*»

[[art. 52 d\) del ET](#), uno de los que más afectado resultó por las dos últimas reformas (2010 y 2012); lo que evidencia una unidad de vocación reformadora en esta materia].

Del permanente interés de esta cuestión dan cuenta, al margen del vergonzoso asunto del «*avisgado funcionario fantasma*» que ha podido estar, por la obstinada perpetuación de los tópicos que criticaron nuestros clásicos –la desconsideración social del funcionario que describiera Larra y su «vuelva usted mañana» y el «*cesantismo*» narrado por Galdós–, seis años cobrando sin trabajar –condenado a devolver solo el salario de un año; y [descubierto porque lo iban a premiar](#)–, los [informes](#) más recientes sobre la materia. En ellos se identifica un incremento, desde 2014, de la tasa de absentismo laboral en España de tres décimas, pasando del 4,1 % de 2013, al 4,4 % de 2014, poniendo fin, de este modo, a la reducción progresiva de esa tasa desde 2008 (año de inicio de la crisis). Sin ánimo alguno aquí de analizar la «letra pequeña» de esos datos, salvo la referencia a la información –esta sí oficial– que insiste en que en España el absentismo laboral tiene una incidencia situada en la media europea ([Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales en las Empresas, ESENER-2, España, INSHT](#)), sí sirven para explicar perfectamente la centralidad que el legislador dio a este aspecto de la reforma, favorable a la extinción. En atención a esos informes –precedentes, por lo general, de grandes consultoras (el INE rebaja el porcentaje al 2 % para el empleo privado; el 3 % para el público), el legislador, más preocupado por garantizar la primacía de la función productiva respecto de la distributiva propias de la norma socio-laboral, asumió que en los años de fuerte expansión económica el crecimiento alentó el «absentismo fraudulento», asociado a bajas por incapacidad temporal, y muy en especial, a las de menor duración –menos de 20 días–, pero alta frecuencia –intermitentes–.

Consecuentemente, no siendo ni el «*factor discapacidad*» ni tampoco la «*enfermedad grave*» y de larga duración elementos realmente relevantes para determinar la –pretendida o real– prevalencia del absentismo en una organización, la mirada del legislador se dirigiría al «*factor morbilidad o enfermedad crónica, no grave, pero intermitente*». En la tensión entre el derecho a la defensa de la productividad empresarial –[art. 38 CE](#)–, y la protección eficaz frente a la enfermedad –[arts. 40 y 43 CE](#)–, la reforma laboral reforzaba el primero respecto del segundo cuando esta se revela un factor de pérdida de rentabilidad y sin perjuicio de ciertos límites en virtud de la vinculación más fuerte del legislador –y del juez– al principio de juridicidad social supra-legal (derechos fundamentales y normas internacionales). Al respecto, junto a los artículos 14 y 15 de la [CE](#), destacan (1) los artículos 1-3 de la Directiva Comunitaria [2000/78/CE](#), en relación con el artículo 27.1 a) de la [Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad](#) y (2) el artículo 6 del [Convenio n.º 158 de la OIT](#).

2. SUPUESTO DE HECHO: RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DE JUSTICIA DEL CASO

Una trabajadora recibe la carta de despido el *13 de febrero de 2014*, en aplicación del [52 d\) del ET](#), al imputársele un porcentaje de ausencias del trabajo superior al 25 % en 4 meses discontinuos en el último año. En el historial de la trabajadora hay una amplia secuencia de bajas –va-

rias y con prórrogas de 180 días–, por diferentes causas, no solo por la enfermedad que le produce mayores problemas: sus dolencias lumbares. En las fases agudas de dolor derivadas de estas se ve sometida a tratamientos con fármacos que causan en ella efectos secundarios –vómitos, mareos–, que le obligan a bajas de escasa duración –menos de 20 días–, pero recurrentes.

Aunque la trabajadora ya vio como se produjo una adaptación de su puesto de trabajo a fin de facilitarle la actividad, no ha resuelto todos los problemas derivados del tipo de padecimientos que presenta, de naturaleza osteoarticular y evolución degenerativa, incipiente ahora pero que se agravará, sin duda, con el tiempo. No obstante, las incapacitaciones derivadas de estas patologías crónicas son de carácter temporal, mayores en fases agudas y remitentes en las fases de normalización. Los días 18-19 de febrero de 2013 estuvo de baja por dolor de trapecio y el 20 de enero de 2014 por cervicalgia, con alta el *20 de febrero de 2014*.

Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC, resultando sin avenencia, presentó demanda por despido nulo, subsidiariamente improcedente, siendo declarado procedente por la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Vigo, con fecha de 27 de mayo de 2015, Autos 319/2014. Contra esta sentencia, la trabajadora interpuso un recurso de suplicación.

3. DOCTRINA DE SUPPLICACIÓN: BREVIARIO DE LAS RAZONES PARA EL FALLO

La [STSJ de Galicia 7395/2015, de 22 de diciembre](#), estima el recurso y declara nulo el despido por motivarse en bajas derivadas de enfermedad crónica que produce limitaciones a largo plazo. Este supuesto se califica como *discriminación indirecta por razón de discapacidad*, conforme al concepto comunitario de «*enfermedad equiparable*». A juicio de la Sala de Suplicación gallega, corrigiendo el opuesto de la decisión del juez de instancia, la nulidad por discriminación del despido de la trabajadora reside en que, si bien:

«Es cierto que sus faltas de asistencia al trabajo no aparecen ligadas, en su totalidad, a su discapacidad ... también es verdad que, al menos, dos de ellas sí han tenido por causa su patología lumbar y el tratamiento paliativo que observó» (FJ séptimo).

En apretada síntesis, dos son las líneas de razonamiento que sostienen el fallo. A saber:

- a) Una estrictamente jurídico-conceptual, y, por tanto, estrictamente técnico-normativa, sin perjuicio, claro está, de la decisión valorativa inherente a todo juicio técnico-legal.

«En nuestro ordenamiento ..., el concepto [*de enfermedad equiparable al de discapacidad*] del TJCE supondría que el art. 52 d) ET no contiene

una discriminación directa ...; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta ..., toda vez que el trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo» (FJ sexto, párrafo cuarto).

- b) Otra político-axiológica: prohibición de reducir a los trabajadores a «cosa productiva».

«... la decisión empresarial extintiva ... con causa única en las bajas del trabajador deja de lado ... la consideración ... como persona, como ser humano ...» (FJ séptimo, *in fine*).

4. LA TRASCENDENCIA MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA DEL CASO Y PREVISIBILIDAD DE SU DEVENIR COMO JURISPRUDENCIA

Más allá de la valoración que merezca esta decisión para la justicia del caso concreto, la doctrina judicial que sienta tiene una relevancia superior, que desborda esa dimensión de norma individual, para alcanzar una importante significación de política judicial del Derecho. Desde esta perspectiva, puede configurarse como una importante carga de profundidad contra la reforma del [artículo 52 d\) del ET](#). En última instancia, no obstante el cuidado puesto en no poner en cuestión el tenor literal de la norma legal, es evidente que su doctrina y su razonamiento corrigen parte de la nueva potencialidad extintiva de aquella reforma, a través de una interpretación de sentido práctico de la norma legal reformada que integra la más reciente jurisprudencia comunitaria –[STJUE de 11 de abril de 2013, doctrina Ring](#)– sobre el conocido concepto de «*enfermedad equiparable*» a la discapacidad. Consiguientemente, implica una considerable ampliación de la tutela antidiscriminatoria, trascendiendo la previsión textual del [artículo 52 d\) del ET](#), que solo tiene en cuenta las enfermedades graves (FJ séptimo, párrafo segundo).

A mi juicio, su trascendencia teórica y práctica es muy superior a la que pudiera darse a primera vista. Ciertamente, de un lado, no han faltado antes de ella sentencias, incluso de la misma sala, que han declarado la nulidad del despido por absentismo cuando la enfermedad suponía un factor de estigmatización directo y claro ([STSJ de Galicia de 11 febrero de 2014, rec. núm. 3917/2013](#)). Ello no sería sino una directa consecuencia de la doctrina constitucional en la materia ([STCO 62/2008](#)).

De otro, tampoco han faltado sentencias que, ahora respecto de la modalidad de despido objetivo de la letra a) –despido por ineptitud sobrevenida–, pero también vinculado a decisiones empresariales relativas a la defensa de la productividad de la empresa frente a situaciones

de enfermedad de los trabajadores no invalidantes, han frenado esa estrategia empresarial mediante una relectura de las normas de prevención de riesgos laborales a la luz del artículo 15 de la CE (derecho a la integridad) y de la doctrina constitucional sobre su conexión íntima (STCO 62/2007). Es el caso de la STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2015, rec. núm. 7053/2014, que *confirmará la decisión de instancia* –que, en cambio, condenó por discriminación–; también de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2014, rec. núm. 778/2014–. En última instancia, finalmente, este tipo de relecturas de los preceptos legales de conformidad con las normas de protección de la salud es una línea consolidada en nuestra experiencia. Así ha venido sucediendo respecto del artículo 52 a) en relación con los artículos 22 y 25 de la LPRL –deber a cargo del empresario de adaptación razonable del puesto de trabajo– (SSTSJ de Madrid de 14 de enero de 2013, rec. núm. 4701/2012 y de Andalucía/Sevilla de 20 de diciembre de 2012 –rec. núm. 751/2012–, entre otras). Un deber de readaptación razonable que implicará modificaciones, incluso sustanciales, del puesto, sin que haya que entender aplicable el artículo 41 del ET (STS de 18 de diciembre de 2013, RCU 2566/2012).

Ahora bien, lo que no había sucedido hasta ahora es que esa relectura del texto legal se hiciera directamente aplicando la jurisprudencia comunitaria «Ring». Y no porque no se hubiese intentado. Precisamente, la SJS n.º 33 de Barcelona, 679/2013, de 17 de septiembre (el mismo juzgado cuyo intento de reinterpretación doblemente garantista, fiel al paradigma del «juez Robin Hood», acaba de ser malogrado por la Sala de Suplicación catalana, como se vio en el primer «Diálogo») ensayó –directamente, sin intermediación ni del TCO ni del TJUE– una corrección del restrictivo artículo 52 d) del ET en sentido análogo, al menos en su efecto práctico, al realizado por la sala gallega, aquí comentada. El problema fue que también se revocó por la Sala de Suplicación catalana (STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014, rec. núm. 695/2014).

La doctrina de suplicación catalana –como la madrileña (STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013, rec. núm. 1190/2013), o la vasca (STSJ del País Vasco de 19 de marzo de 2013, rec. núm. 356/2013), entre otras– viene defendiendo a ultranza tanto (1) la plena legitimidad constitucional del artículo 52 d) del ET, primando el principio de libertad empresarial para la defensa eficaz de su rentabilidad frente al trabajador no ya absentista fraudulento, sino también frente al trabajador menos rentable por la vulnerabilidad de su estado de salud, cuanto la (2) irrelevancia de la jurisprudencia comunitaria, que tacha de carente de valor innovador alguno aquí. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 1 julio de 2014, rec. núm. 956/2014 –aunque con importante voto particular– niega al «precedente comunitario Ring» valor evolutivo alguno. No parece ser este, sin embargo, el parecer de la jurisprudencia social.

En efecto, la Sala IV del Tribunal Supremo, si bien nunca cuestionó la legitimidad constitucional del artículo 52 d) del ET, en cualquiera de sus versiones –SSTS de 23 de enero y de 18 de septiembre de 2007, para la redacción anterior–, limitándose, como se comentó en anteriores números de la Revista, a una aplicación restrictiva del alcance temporal del cambio legislativo de 2012, en aras del principio de prohibición de retroactividad de normas restrictivas de derechos (STS de 15 de enero de 2014, RCU 1238/2013, que recoge las muchas precedentes), sí ha indicado necesario:

«... a la vista de la STJUE de 11 de abril de 2013... **matizar o precisar nuestra doctrina** sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación (SSTS 22 de enero de 2008, rec. 3995/06 y 22 de noviembre de 2007, rec. 3907/06, entre otras)...» ([STS 25 de noviembre de 2014, RCU 2344/2013](#), FJ tercero, penúltimo párrafo).

Lamentablemente, la omnipresente y desoladora falta de contradicción determinó que el Tribunal Supremo no fijara el sentido específico y alcance práctico de esa corrección de rumbo, que ahora se limita a anunciar, dejándonos con la miel en los labios. El suspense causa todavía más aflicción al operador jurídico si se tiene en cuenta que la sentencia de contraste, esgrimida por el recurso de casación para la unificación de doctrina, fue la [STSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de enero de 2011, rec. núm. 204/2010](#). Precisamente, esta sentencia, que hace una relectura del texto legal a la luz del principio social del Estado de Derecho, favoreciendo una mayor equiparación de los conceptos de enfermedad crónica, no incapacitante pero sí intermitentemente limitadora, con la discapacidad, fue la tenida en cuenta por la sala gallega para llegar a la conclusión de que sí es aplicable la jurisprudencia comunitaria al caso analizado, con la consiguiente corrección de la doctrina de instancia que, a su vez, había aplicado ortodoxamente la jurisprudencia precedente, hoy en espera de revisión.

En suma, y de manera análoga a como concluí el [primer «Diálogo»](#), también respecto de los despidos objetivos por absentismo laboral cabe constatar cómo la relativamente reciente jurisprudencia comunitaria ha terminado abriendo un nuevo espacio de innovación jurídica, tanta como de incertidumbre, primero por la valiente insistencia de un puñado de doctrinas de suplicación en la inadecuación del texto legal a la norma comunitaria, y, finalmente, por la aceptación del Tribunal Supremo, si bien aplazada, de momento, por razones procesales, en su delimitación precisa del sentido. A mi juicio, las sólidas razones esgrimidas por la doctrina de suplicación que analizamos permite prever –de nuevo sin intrusismo en la profesión de profeta jurídico, que tanto criticara WEBER– que terminará siendo la doctrina unificada, en línea con la posición de la sala canaria que, rechazando plegarse en su día (2011) a la pétrea jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ante la falta de una renovadora jurisprudencia comunitaria anterior al «precedente [Ring](#)» –es de 2013– en este punto, decidió apelar a la dimensión social de las relaciones de trabajo. De nuevo, pues, ni la re-civilización ni la re-mercantilización se proponen como salida a la encrucijada actual de las relaciones laborales, sino la re-socialización, como hemos defendido, con otros argumentos, en el [Editorial](#).

No obstante, conviene advertir bien qué significa esa re-socialización y esa defensa de la autonomía de las soluciones jurídico-laborales para una justa y eficiente transacción o equilibrio entre los intereses de los trabajadores y los de los empleadores. La dimensión social no significa, como se dijo –y se ha visto también en el [primer «Diálogo»](#) ofrecido–, protección unilateral del trabajador, sino contrarresto de una igualmente desenfocada tutela unilateral de la libertad empresarial inherente a la actualmente promovida re-mercantilización. Justamente, del [Informe de Adecco](#) comentado al inicio de esta glosa jurisprudencial respecto a cómo hacer frente, desde la

empresa, al absentismo laboral, cuya corrección no solo es legítima sino necesaria, para los trabajadores igualmente, resulta muy interesante el análisis que realiza sobre las técnicas de control del absentismo laboral. La mayoría se basan en controles *a posteriori* –el 91 % de las empresas controla las ausencias exigiendo la presentación de justificantes médicos o de otro tipo–. En cambio, pocas son las que cuentan con sistemas de control preventivo –solo el 2 % de ellas dispone de bolsas de horas anuales o sistemas de flexibilidad horaria que facilitan la conciliación de la vida laboral y personal–. Por eso, en un criterio de gestión empresarial del trabajo económica y socialmente racional que entiendo acertada, se inclina por recomendar sistemas de racionalización de los horarios que mejoren la flexibilidad, a fin de facilitar la conciliación. A lo que yo también añadiría una política más eficaz de readaptación de puestos de trabajo (arts. 22 y 25 LPRL, así como del [art. 36 ET](#)).