

EL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO Y LA INTERPRETACIÓN DEL SUPUESTO NO COMPUTABLE REFERIDO AL “TRATAMIENTO MÉDICO DE CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE”

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

Investigador Postdoctoral Contratado

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

EXTRACTO **Palabras Clave:** Despido objetivo, absentismo laboral, faltas no computables, cáncer o enfermedad grave

El presente estudio pretende abordar un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, sobre la introducción del supuesto del «tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave» en el listado de ausencias no computables a efectos del despido objetivo por absentismo laboral del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, así como ofrecer una respuesta adecuada a las múltiples dudas y cuestiones interpretativas que suscita la referencia que hace el precepto a este supuesto no computable, entre las cuales se encuentran las siguientes: ¿pretende la norma hacer una distinción entre el cáncer y la enfermedad grave?, ¿el tratamiento médico de cáncer o de la enfermedad grave puede provenir de una contingencia profesional?, ¿cómo se interpreta la referencia a la «enfermedad grave»? ¿cómo puede la empresa conocer la enfermedad que sufre un trabajador si no lo comunica él mismo?, o ¿pueden valorar nuestros Tribunales si la enfermedad que alega el trabajador se considera grave o no?

ABSTRACT **Key Words:** Digital platforms; working time; availability time; on-demand economy

The present study aims to address a normative, doctrinal and jurisprudential analysis on the introduction of the assumption of “medical treatment of cancer or serious illness” in the list of non-computable absences for the purposes of the objective dismissal for work absenteeism of article 52 d) of the Statute of the Workers, as well as offering an adequate response to the many doubts and interpretative questions raised by the reference made by the precept to this non-computable assumption, among which are the following: Does the standard intend to make a distinction between cancer and serious illness? Can the medical treatment of cancer or serious illness come from a professional contingency? How is the reference to “serious illness” interpreted? How can the company know the illness that a worker suffers if he does not communicate it himself? Or, can our courts assess whether the illness alleged by the worker is considered serious or not?

ÍNDICE

1. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DESPIDO OBJETIVO POR MOTIVO DE LAS FALTAS DE ASISTENCIA DEL TRABAJADOR
2. ALGUNAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DERIVADAS DE LA INTRODUCCIÓN DEL SUPUESTO DEL “TRATAMIENTO MÉDICO DE CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE” EN EL LISTADO DE AUSENCIAS NO COMPUTABLES A EFECTOS DE INTEGRAR ESTA CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO
 - 2.1. Novedades del art. 52 d) del ET tras la reforma laboral de 2012: Especial atención al supuesto del tratamiento médico de cáncer o enfermedad considerada grave
 - 2.2. Las cuestiones más significativas que han surgido en torno a esta última situación incluida expresamente en el listado de supuestos que no computan a efectos del absentismo laboral
 - 2.2.1. Los supuestos
 - 2.2.2. Las coberturas o su alcance
 - 2.2.3. El origen de la patología
 - 2.2.4. Protección de datos y aplicabilidad de la previsión legal
3. CONCLUSIONES
4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DESPIDO OBJETIVO POR MOTIVO DE LAS FALTAS DE ASISTENCIA DEL TRABAJADOR

El art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET–, que introduce en el ordenamiento jurídico laboral español la causa de despido objetivo¹ fundada en el llamado absentismo laboral, otorga al empresario la facultad de extinguir el

¹ Es importante poner de relieve que el despido objetivo es una forma de extinción concebida para permitir al empresario desprenderse de aquellos trabajadores que no le resultan adecuados para la empresa en términos de eficacia o rentabilidad empresarial –por resultar excesivamente onerosos para la misma por falta de capacidad del trabajador o por necesidades de funcionamiento de aquella– a fin de conseguir una mejor y mayor productividad o rendimiento neto. En este caso no existe ningún incumplimiento culpable y voluntario del trabajador y, por ello, el régimen que se establece es más riguroso en cuanto a sus requisitos formales, y une a otras obligaciones del empresario, la de una indemnización tasada –que no disuade en modo alguno de su utilización–. Sin ánimo de ser exhaustivo, pero con la finalidad de ahondar un poco más en la figura del despido objetivo, *vid.* las siguientes obras: Sempere Navarro, A.V., «Causas del despido objetivo», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 1033-1046; Orcaray Reviriego, J. J., «Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2016, págs. 692-707; Quesada Segura, R., «La extinción de la relación laboral», en AA.VV., *Lecciones de derecho del trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 739-756; Martínez-Gijón Machuca, M.A., «El despido objetivo en la reforma de 2012: una oportunidad perdida», en AA.VV., *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Punto Rojo, Sevilla, 2013, págs. 255-266; San Martín Rodríguez, J., «Acerca del despido objetivo», *Revista técnico laboral*, vol. 34, núm. 133, 2012, págs. 374-384; Alamán Calabuig, M., «Pinceladas prácticas en torno a los despidos por causas objetivas en la reforma laboral», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 806, 2010; Cruz Villalón, J., «Los cambios en materia

contrato de aquel trabajador que incurre en una serie de faltas de asistencia intermitentes, aunque sean justificadas, siempre que las mismas alcancen un determinado umbral significativo durante un período de tiempo concreto.

Dicho precepto, en su versión más reciente, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda redactado de la siguiente forma²:

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

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

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

Como puede comprobarse, lo característico de este tipo de despido sigue siendo a día de hoy que el trabajador sí cuenta con una justificación suficiente, por lo menos desde un punto de vista formal, para dejar de acudir a su puesto de trabajo, por lo que la reacción empresarial obstativa al mantenimiento del vínculo laboral únicamente puede articularse cuando dicha inasistencia es de cierta entidad y ocasione, por su repetición e intensidad, serios perjuicios a la empresa, lo cual se da cuando las ausencias del trabajador alcanzan unas determinadas proporciones de jornada hábil de trabajo en un cierto período de tiempo³.

de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012, págs. 121-147; Blanco Martín, J.M., «La reforma y procedimiento de los despidos por causas objetivas», en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, Madrid, 2011, págs. 213-242; Martín Rivera, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008, págs. 1-520; y Soler Ferrer, F., «La nueva regulación del despido por causas objetivas», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 154, 2010, págs. 50-54.

² La versión vigente del ET, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, mantiene íntegramente la estructura y el contenido del art. 52 d) que estableció la versión anterior de dicha norma, sin dar solución a los numerosos problemas de aplicación que plantea dicho precepto.

³ Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 26. En casi idénticos términos, Poquet Catalá, R., «La configuración del absentismo laboral

De la redacción vigente del precepto indicado también se desprende que el legislador continúa estableciendo dos posibilidades de cómputo, pudiendo el empresario optar entre una u otra posibilidad de cálculo en función de las circunstancias propias de cada caso. La primera de estas posibilidades faculta al empresario a extinguir el contrato de trabajo cuando se reúnen, de manera acumulativa, los dos siguientes requisitos:

- Que las faltas de asistencia del trabajador, aun justificadas pero intermitentes, alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos;
- Y que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles⁴.

En cambio, conviene señalar que la segunda posibilidad que se contempla en la norma permite al empresario extinguir el contrato del trabajador cuando se reúne un único requisito: que las faltas de asistencia del trabajador, aun justificadas pero intermitentes, alcancen el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

En cuanto a los días de absentismo del trabajador que son significativos a efectos de la aplicación de esta causa de despido objetivo⁵, debe considerarse que, resultando que los meses pueden tener unos 22 días hábiles, el porcentaje del 20% al que se refiere la primera posibilidad de cómputo del precepto se vería satisfecho con 8,8 días, de lo cual se desprende que siendo los días completos –como vere-

como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012», *Revista actualidad laboral*, vol. 1, núm. 11, 2012, pág. 1284.

⁴ Se debe advertir, sin embargo, que en la redacción anterior del precepto –la primera de la reforma laboral de 2012 operada por el RDL 3/2012– tan solo se hacía referencia para justificar la extinción del contrato por absentismo al «20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos», habiéndose fijado con posterioridad, es decir, tras las modificaciones introducidas en la tramitación parlamentaria llevada a cabo para la aprobación de la Ley 3/2012 –y que supuso la corrección de algunos extremos de la reforma laboral aprobada meses antes– la exigencia adicional de que «el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles», teniendo presente que con anterioridad lo que se requería era acreditar un determinado nivel de absentismo general respecto de toda la plantilla. Debe destacarse que la introducción de este criterio adicional ha planteado algunas cuestiones interpretativas, una de las cuales tiene que ver con la necesidad de determinar la fecha a partir de la cual debe computarse hacia atrás el plazo de los «doce meses anteriores» que establece el art. 52 d) del ET, si a partir de la fecha del despido o a partir de la fecha inicial de la primera baja computada en el primer período de los dos meses. El TS, no obstante, ha venido a resolver definitivamente esta cuestión al establecer que el plazo de doce meses del art. 52 d) del ET debe computarse hacia atrás desde la fecha de despido, de manera que en este período «largo» de los doce meses deben quedar incluidos los dos meses que han sido tenidos en cuenta para el cómputo del 20% de las faltas de asistencia del trabajador. Concretamente, el TS ha establecido la siguiente doctrina: «el dies ad quem para el cómputo del plazo de doce meses, será la fecha del despido que es la que determina en todo caso la normativa de aplicación al mismo» (SSTS de 19 de marzo (RJ 2018\1517) y 11 de julio de 2018 (RJ 2018\4037), y de 28 de enero (RJ 2019\541) y 5 de marzo de 2019 (RJ\2019\1204)).

⁵ También calificada de manera gráfica por algunos autores como la «causa odiosa»: Ruiz Castillo, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», *Revista de derecho social*, núm. 57, 2012, pág. 220.

mos más adelante— las únicas jornadas a tener en cuenta, resulta que el número de ausencias del trabajador que pueden justificar la extinción objetiva del contrato en dos meses consecutivos es de 9 días, mientras que en el supuesto del porcentaje del 25% en cuatro meses discontinuos, serán 22 días de ausencias los que justificarán el despido objetivo por absentismo del trabajador.

Al respecto, es importante recordar que en el primer supuesto, esto es, en el supuesto en que se proceda a la extinción del contrato cuando las ausencias alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, se exige también que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, lo que conlleva que para optar por la primera posibilidad de cómputo, se necesitará también un período de observación de un año a fin de comprobar si se cumple la exigencia del 5%.

Ciertas ausencias, no obstante, quedan excluidas del cómputo del absentismo de forma expresa, ya sea porque son resultado del ejercicio por parte del trabajador de derechos reconocidos en la ley (huelga legal, ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, licencias y vacaciones), o bien porque se derivan de situaciones especialmente protegidas (accidentes de trabajo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, o enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia⁶). Las faltas de asistencia debidas a enfermedad o accidente no laboral únicamente computan a los efectos del absentismo si tienen una duración inferior a veinte días consecutivos o cuando, siendo superiores al plazo indicado, no hubiesen sido acordadas por los servicios sanitarios oficiales; de ello se desprende que el precepto pretende combatir especialmente las faltas de asistencia por enfermedad que son de corta duración o que se amparan en una decisión adoptada sin control sanitario oficial.

Tampoco son tenidas en cuenta a efectos del absentismo las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género⁷ (acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda), ni las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

A lo largo de las siguientes páginas trataremos de ofrecer una respuesta adecuada a las múltiples dudas y cuestiones interpretativas suscitadas a partir de la inclusión del supuesto del «tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave» en la lista de situaciones que no computan a efectos del art. 52 d) del ET, prestando una especial atención a las sentencias dictadas sobre la materia por nuestros Tribunales españoles.

⁶ Vid. Gómez Salado, M.Á., «El despido objetivo y las faltas de asistencia que tienen su origen en la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo y la lactancia, y las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia», en AA.VV., *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, Murcia, 2018, págs. 547-563.

⁷ Vid. Gómez Salado, M.Á., «Despido objetivo y faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género», *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 410, 2017, págs. 85-105; y Gómez Salado, M.Á., «La extinción objetiva del contrato por faltas de asistencia y la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género», en AA.VV. (Gómez Salado, M.Á. Dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, Murcia, 2019, págs. 45-70.

2. ALGUNAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DERIVADAS DE LA INTRODUCCIÓN DEL SUPUESTO DEL «TRATAMIENTO MÉDICO DE CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE» EN EL LISTADO DE AUSENCIAS NO COMPUTABLES A EFECTOS DE INTEGRAR ESTA CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO

2.1. Novedades del art. 52 d) del ET tras la reforma laboral de 2012: Especial atención al supuesto del tratamiento médico de cáncer o enfermedad considerada grave

Con la reforma laboral operada en 2012⁸, nos encontramos ante un nuevo avance de la citada línea flexibilizadora del régimen del despido objetivo por absentismo, al suprimirse de manera definitiva la exigencia de un determinado nivel de absentismo global de la plantilla del centro de trabajo⁹ para que pueda operar la causa de despido reconocida en el art. 52 d) del ET (en concreto, se elimina del texto estatutario la siguiente referencia: «siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 por 100»¹⁰), de manera que a partir de la citada reforma para que las faltas de asistencia del trabajador sean significativas a los efectos de esta causa de despido objetivo bastará con que el número de ausencias del trabajador que va a ser despedido supere unos determinados porcentajes¹¹.

⁸ Nos encontramos ante una reforma que ha perseguido, entre otras cosas, la facilitación del despido objetivo por absentismo, como pone de manifiesto Ruiz Castillo, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva...», op. cit., pág. 226: «Si una lectura global de esta ambiciosa reforma permite alabar el ánimo de precisión técnica que parece haberla alentado, no sucede así en el caso de la revisión del art. 52 d) ET, donde el único propósito del RDL 3/2012 se circunscribe a la facilitación del despido, al aligeramiento de los requisitos del mismo mediante la supresión pura y simple del elemento de valoración colectivo que de más a menos ha venido integrando su causa; esto es, la supresión del umbral de absentismo de la plantilla para proceder al despido del trabajador por faltas de asistencia». *Id.* también, Moreno Gené, J., «La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 350, 2012, págs. 5-52.

⁹ Esta reivindicación empresarial sobre la supresión total de la referencia al nivel de absentismo global en la empresa ya fue defendida en reformas laborales previas por los grupos popular, de Convergència i Unió y del Partido Nacionalista vasco. En este sentido, Rojo Torrecilla, E., «El despido por absentismo tras la reforma laboral de 2012. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (y II)», 2013, disponible en el siguiente enlace: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/el-despido-por-absentismo-tras-la_16.html.

¹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.*, García-Perrote 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», *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2012, pág. 39; y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Las claves de la reforma laboral 2012», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012, págs. 1-2.

¹¹ Una vez más, vuelven a primarse los intereses de la empresa sobre los del trabajador, en la medida en que la supresión de la referencia al volumen global de absentismo de la plantilla del centro de trabajo persigue flexibilizar la utilización del despido objetivo por ausencias del trabajador. En otras palabras, tiende a permitir al empresario una mayor utilización de esta modalidad extintiva.

Con esta supresión –que se encuentra prevista tanto en el RDL 3/2012 como en la Ley 3/2012–, «desde luego, se elimina el obstáculo más importante para la operatividad práctica del motivo»¹² extintivo y se garantiza una mayor protección a las pequeñas y medianas empresas –aquellas en las que el absentismo se vive como un drama–, que no suelen contabilizar el porcentaje de absentismo de todos los empleados, «porque no han implementado medidas de control específico, pues no pueden destinar para ellos los recursos humanos y el tiempo que ello necesita»¹³.

Una segunda modificación abordada por la reforma laboral de 2012 es la introducción de una nueva exigencia adicional (que «el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles») para la primera fórmula numérica contemplada en el art. 52 d) del ET, esto es, para el supuesto en que se proceda a la extinción del contrato del trabajador cuando las ausencias alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

Hay quien ha señalado que con esta exigencia adicional, contemplada únicamente en la redacción de la Ley 3/2012¹⁴, «se recupera una cierta objetividad en la causa de extinción del contrato y se mejora la posición del trabajador»¹⁵, aproximándose en la práctica las dos fórmulas que desencadenan el efecto del despido objetivo por faltas de asistencia del trabajador, a saber, 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 y el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

La tercera y última modificación –no contemplada en la redacción del RDL 3/2012, pero sí prevista en la de la Ley 3/2012– que experimenta la redacción del art. 52 d) del ET como consecuencia de la reforma laboral de 2012, tiene que ver con la adición de un tercer párrafo respecto a la previsión anterior con arreglo al cual no se computarán las faltas de asistencia del trabajador que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

¹² Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 17.

¹³ Arias Domínguez, Á., «La reforma laboral de 2012 (I): Absentismo (1)», *Legal Today*, 2012, disponible en el siguiente enlace: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/la-reforma-laboral-de-2012-i-absentismo-1>.

¹⁴ Cabe recordar que en la fase inicial de la reforma laboral de 2012 (RDL 3/2012) tan solo se hacía referencia, para justificar el despido objetivo por absentismo laboral, al «20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos», habiéndose añadido más tarde, es decir, a través de la Ley 3/2012, la siguiente exigencia: «siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles».

¹⁵ Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M., *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013, pág. 48, citando al respecto el trabajo de Molina Navarrete, C., «La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y “versos sueltos”», *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, núm. 352, 2012, págs. 5-120.

Debemos recordar que la anterior modificación de la norma responde a una enmienda¹⁶ que señalaba, como justificación, que se trataba de una mejora técnica para evitar despidos por motivos de ausencias justificadas «al trabajo en atención a un tratamiento médico o por razón de un periodo muy concreto en que se pueda producir algún problema puntual de salud». Sin entrar en cuestiones médicas, cabe indicar en este punto «que el enfermo oncológico, en función del tratamiento prescrito puede precisar sesiones de tratamiento distintas que conlleven o no la hospitalización. Asimismo, una vez que el trabajador ha finalizado sus tratamientos médicos que requerían una mayor supervisión puede resultar debido a la oportuna prescripción médica necesario controles habituales acerca de su estado de salud o incluso proseguir de modo intermitente con el tratamiento médico que pudiera ser compatible con su actividad laboral. Del mismo modo se pueden plantear nuevas bajas de corta duración para el trabajador»¹⁷.

De igual forma, esta modificación operada –cuyo tratamiento se expondrá en las siguientes líneas– responde a las demandas y reivindicaciones que en el pasado realizaron numerosos colectivos y asociaciones de afectados por cáncer o enfermedades graves, entre los cuales podemos destacar las Asociaciones de afectados por la Esclerosis Múltiple¹⁸.

2.2. Las cuestiones más significativas que han surgido en torno a esta última situación incluida expresamente en el listado de supuestos que no computan a efectos del absentismo laboral

Como ya se ha adelantado, la Ley 3/2012 modifica la redacción del art. 52 d) del ET, añadiendo un último supuesto en un tercer párrafo, con arreglo al cual

¹⁶ Enmienda núm. 649 presentada por el Grupo Parlamentario Popular. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 4-6, de 27 de abril de 2012.

¹⁷ Fragua Madurga, L., «Los derechos laborales del trabajador enfermo oncológico», *Derecho y salud*, vol. 23, núm. 2, 2013, pág. 24.

¹⁸ El hecho de que no se hubiera previsto esta exclusión en la norma desde un primer momento, ha dado pie en el pasado las protestas de múltiples colectivos afectados, entre los cuales se encuentran los afectados por la esclerosis múltiple. No obstante lo dicho, parece ser que las peticiones de los diversos afectados y asociaciones, así como de la Federación Española para la Lucha contra la Esclerosis Múltiple (FELEM) –que cambió su nombre por el de Esclerosis Múltiple España (EME)–, fueron atendidas por el ejecutivo en la reforma laboral de 2012, lo que supuso una gran victoria a efectos de dotar de una mayor protección al trabajador enfermo. Según la Federación, «esta última redacción de este punto en la reforma laboral evita la reducción del derecho del trabajador ante su salud, provocando que ésta pudiera ser un motivo de despido al no incluir en los motivos para no “computar” estas faltas de asistencia, el tener enfermedades graves que, como la Esclerosis Múltiple, cursan a brotes con una incidencia intermitente». En este sentido, *vid.*, Esclerosis Múltiple España, «Redactado final de la regulación del despido objetivo», 2013, disponible en <https://www.esclerosismultiple.com/343/> (versión online; consultado el 31-05-2019); *Vid.* también, Observatorio de la Esclerosis Múltiple, «El estatuto de los trabajadores no considerará ‘absentismo’ la baja por esclerosis múltiple», 2013, disponible en <https://www.observatorioesclerosismultiple.com/es/fundacion-esclerosis-multiple/aspectos-legislativos/el-estatuto-de-los-trabajadores-no-considerara-absentismola-baja-por-esclerosis-multiple/> (versión online; consultado el 31-05-2019).

no se podrán computar las faltas de asistencia «que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave».

En nuestra opinión, la introducción –tan necesaria– de estas nuevas situaciones no computables a los efectos del despido objetivo por absentismo laboral podría mantener una estrecha conexión con la regulación de la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de un menor afectado por un cáncer o por una enfermedad grave (art. 37.6 del ET)¹⁹, y con el reconocimiento de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social²⁰, prevista en los arts. 190, 191 y 192 de la LGSS.

Como podremos comprobar, esta exclusión del cómputo del absentismo a efectos del despido objetivo, pese a ser necesaria, ha generado numerosas cuestiones interpretativas en el ámbito del Derecho del Trabajo. Entre otras, ¿pretende la norma hacer una distinción entre el cáncer y la enfermedad grave?, ¿el tratamiento médico de cáncer o de la enfermedad grave puede provenir de una contingencia profesional?, ¿cómo se interpreta la referencia a la «enfermedad grave»? ¿cómo puede la empresa conocer la enfermedad que sufre un trabajador si no lo comunica él mismo?, o ¿pueden valorar nuestros Tribunales si la enfermedad que alega el trabajador se considera grave o no? Trataremos de hallar una respuesta a estas y a otras cuestiones.

2.2.1. Los supuestos

La primera cuestión que hay que abordar es precisamente si el art. 52 d) del ET se refiere a dos situaciones diferentes, o lo que es lo mismo, si el precepto pretende hacer una distinción entre el cáncer y la enfermedad grave cuando señala, expresamente y de manera literal, que no computarán a efectos del absentismo las ausencias debidas a un «tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave».

¹⁹ Sobre este particular, *vid.* el párrafo tercero del art. 37.6 del ET, que dispone que «el progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas».

²⁰ La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consiste en un subsidio equivalente al cien por ciento de la base reguladora fijada para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Dicha prestación se extingue cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma que corresponda, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor sujeto a acogimiento o a guarda con fines de adopción del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años. La gestión y el pago de la prestación económica corresponde a la Mutua colaboradora con la Seguridad Social o, en su caso, a la entidad gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Al respecto, *vid.* el art. 192 de la LGSS.

Por lo que respecta al término «cáncer»²¹ cabe recordar que engloba una enfermedad o, más bien, un grupo bastante numeroso de patologías²² que se caracterizan por el desarrollo de células anormales, que se dividen, crecen y se diseminan sin control en cualquier parte del cuerpo²³. Es importante poner de relieve que el cáncer, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), es considerado como la segunda causa de muerte en todo el mundo²⁴ y también como el responsable de 8,8 millones de muertes en el año 2015²⁵. Se trata de una enfermedad muy específica y determinada, «de suficiente entidad y gravedad» como para permitir a un trabajador faltar a su puesto de trabajo, sin que por ello sus ausencias puedan ser tenidas en cuenta a efectos del cálculo del absentismo²⁶.

En cambio, la «enfermedad grave» es, a diferencia del cáncer, una enfermedad de carácter indeterminado que permite la inclusión de cualquier patología o padecimiento que revista una especial transcendencia para la salud. Este carácter indeterminado²⁷ se explica, principalmente, porque la norma no ha precisado en ningún momento qué debe entenderse por enfermedad grave a efectos de excluir del cómputo del absentismo las ausencias que obedezcan a la misma.

²¹ La inclusión de este supuesto en el listado de supuestos que no computan a efectos del absentismo ha tenido una gran repercusión en aras de colmar los vacíos legales como los que un día dieron lugar al fallo de la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 25 de enero de 2011 (AS 2011\216), que declaró nulo y discriminatorio el despido de un trabajador a causa de las bajas derivadas del padecimiento de un cáncer. *Vid.* Cuba Vila, B., «A propósito de la evolución legislativa y jurisprudencial del despido objetivo por absentismo», *Revista de información laboral*, núm. 6, 2013, págs. 39-40.

²² Quizás sea la inclusión de este conjunto de enfermedades dentro del elenco de supuestos excluidos, una forma de reflejar la gran importancia que se atribuye al cáncer en todo el mundo. Gómez Salado, M.A., «Delimitación del concepto de “enfermedad grave” y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica», *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 397, 2016, pág. 26.

²³ El Diccionario de la RAE contiene diferentes acepciones sobre el término cáncer, si bien nos interesa la que lo define como una «enfermedad que se caracteriza por la transformación de las células, que proliferan de manera anormal e incontrolada» (puede consultarse el Diccionario de la RAE en el siguiente enlace: <http://www.rae.es/>). Según la Sociedad Española de Oncología Médica (SEOM), el «el término cáncer engloba un grupo numeroso de enfermedades que se caracterizan por el desarrollo de células anormales, que se dividen, crecen y se diseminan sin control en cualquier parte del cuerpo»; a estos efectos, puede consultarse el siguiente enlace: <https://seom.org/informacion-sobre-el-cancer/que-es-el-cancer-y-como-se-desarrolla> (consultado el 31-05-2019).

²⁴ El cáncer sigue conformando una de las principales causas de morbilidad del mundo y las estimaciones poblacionales señalan que el número de casos nuevos probablemente se incremente en un setenta por ciento en las próximas décadas, alcanzando los 24 millones de casos aproximadamente en el año 2035. Sociedad Española de Oncología Médica, «Las cifras del Cáncer en España. Año 2018», 2018, pág. 6, disponible en https://seom.org/seomcms/images/stories/recursos/Las_Cifras_del_cancer_en_Espana2018.pdf (consultado el 31-05-2019).

²⁵ Últimos datos disponibles a nivel mundial estimados por la OMS. Al respecto, *vid.* la siguiente nota descriptiva de la OMS: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/cancer> (consultado el 31-05-2019).

²⁶ *Vid.* Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 147.

²⁷ Este carácter indeterminado de las enfermedades graves se refleja, entre otras, en la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016\233842): «la norma cuando se refiere a enfermedad grave no limita el concepto a las patologías similares al cáncer, que aparece mencionado como ejemplo

Tal y como muy bien ha indicado la doctrina, la «mención de la norma (...) que se refiere a “enfermedad grave” no define una enfermedad cierta y determinada, sino que caracteriza únicamente su intensidad o extensión. Cualquier enfermedad puede ser grave en sí misma. A diferencia de la anterior mención (el cáncer), aquí no es la etiología de la enfermedad, sino su intensidad y peligrosidad lo que prevé la norma. Grave, en definitiva, puede serlo una enfermedad muy peligrosa, u otra menos agresiva. Se conjugan, por tanto, dos parámetros muy diferentes de valoración de la causa que justifica la ausencia laboral, lo que puede ocasionar alguna disfuncionalidad del precepto»²⁸.

Esta diferencia existente entre el cáncer y la enfermedad grave ha llevado a considerar a algún autor que «la norma se refiere a dos situaciones distintas, y que la segunda no tiene que relacionarse con la primera, es decir, la referencia a enfermedad grave no tiene que estar relacionada con un cáncer, pudiendo ser cualquier proceso mórbido que tenga dicha intensidad»²⁹.

En nuestra opinión, la redacción del texto estatutario es clara también en este sentido, y, por consiguiente, manifiesta la diferencia que hay entre una entidad (el cáncer) y otra (la enfermedad grave) con la cual se puede confundir, en la medida en que el precepto separa con una conjunción disyuntiva –que denota separación, diferencia o alternativa– la mención del cáncer y la de la enfermedad grave.

En esta misma dirección se encuentra también la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015, en la cual se indica que el tenor literal del precepto, cuando se refiere a las faltas de asistencia debidas a un «tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave», apunta claramente a hacer una distinción entre el cáncer y la enfermedad grave, «al separar el texto legal con una conjunción disyuntiva la mención de dicha entidad clínica y la de las enfermedades graves, con lo que parece claro que lo que se está estableciendo es una neta distinción entre ambas categorías, no utilizando tampoco el precepto en su redacción ningún término gramatical que por su significación pudiera establecer ese criterio de asimilación»³⁰.

claro de enfermedad precisada de un tratamiento específico generador de una incapacidad para trabajar. Por otro lado, el concepto de enfermedad grave es en cierta medida de carácter indeterminado permitiendo la inclusión de cualquier enfermedad o padecimiento que revista cierta gravedad, como pudiera ser una lumbalgia». *Vid.* también las SSTSJ de Cataluña de 10 de junio de 2014 (AS 2014\1992) y de Madrid de 28 de abril de 2017 (JUR 2017\166146); así como el trabajo de Sala Franco, T. y Molero Manglano, C., «Comentarios a la Ley 3/2012, de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio de 2012)», documento accesible en <http://www.tirantonline.com> (consultado el 31-05-2019), cuyos autores disponen que en la norma se introdujo un concepto jurídico indeterminado al excluir del cómputo de ausencias las «enfermedades graves». El mismo contenido de este último trabajo citado se puede encontrar también en este otro: Sala Franco, T. y Molero Manglano, C., «Ley 3/2012, de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio de 2012)», 2012, documento accesible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/nn-081.pdf> (consultado el 31-05-2019).

²⁸ Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 147.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ AS 2016\293.

La referencia que hace la norma a la «enfermedad grave» plantea, a su vez, tres cuestiones adicionales: en primer lugar, cómo debe interpretarse el término «enfermedad grave»; en segundo lugar, si el precepto efectúa una remisión a alguna norma que determine cuáles son las enfermedades que merecen el calificativo de graves; y, en tercer y último lugar, si es posible que nuestros Tribunales valoren si la enfermedad que alega un trabajador se puede considerar grave o no.

Respecto a la primera de las tres cuestiones podemos comenzar señalando que la norma no ha precisado qué debe entenderse por enfermedad grave³¹ a los efectos de excluir del cómputo las ausencias que obedezcan a la misma³², lo cual resulta muy criticable, teniendo en cuenta que la adjetivación que emplea la norma («grave») es confusa y ambigua en términos clínicos³³.

Hay quien entiende³⁴ que para interpretar el término «enfermedad grave» que emplea la norma se puede acudir al art. 9 (referido a los supuestos excepcionales de liquidez) del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones³⁵. En este precepto se dispone precisamente que se considera enfermedad grave a dichos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias de la Seguridad Social o entidades concertadas que atiendan al afectado:

- a) Cualquier dolencia o lesión que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor o tratamiento en un centro hospitalario.
- b) De igual modo, cualquier dolencia o lesión con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada, o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana.

³¹ Cabe indicar que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 14 de enero de 1997 (RJCA 1997\313), puso de manifiesto que «la consideración de si una enfermedad es grave o no, a efectos jurídicos, es obvio que radica en una cierta potestad discrecional, pues deben valorarse las condiciones objetivas o subjetivas que concurren en cada caso, especialmente la condición del paciente, edad, estado físico, riesgo para su vida, etc. No existe pues, un concepto definido de enfermedad grave, sino que en función de la trascendencia de la dolencia o enfermedad y en relación con las circunstancias anteriormente apuntadas, se podrá considerar como grave o no».

³² A sí lo han señalado, entre otros, Fernández Avilés, J.A. y Caballero Pérez, M.J., «Despido por circunstancias objetivas», en AA.VV., *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: Análisis de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2013, pág. 269.

³³ A tal efecto, debe tenerse en cuenta la SJS de Cuenca de 7 de marzo de 2018 (AS\2018\513).

³⁴ González-Posada Martínez, E., «El despido objetivo y el despido disciplinario», *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, núm. 34, 2013, págs. 351-375.

³⁵ BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2004.

Los supuestos referidos se reputarán como enfermedad grave en tanto no den lugar a la percepción por el partícipe de una prestación por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, conforme al régimen de la Seguridad Social, y siempre que supongan para el partícipe una disminución de su renta disponible por aumento de gastos o reducción de sus ingresos.

En cualquier caso, lo más razonable parece entender que el término «enfermedad grave» que emplea la norma viene referido a la enfermedad que se caracteriza por las siguientes notas (o que, más bien, cumple los siguientes requisitos): ser una enfermedad médicamente verificada, necesitada de un tratamiento médico específico, agresivo y continuado, cuya administración o efectos provocan precisamente la imposibilidad de acudir al trabajo.

En este mismo sentido, se ha puesto de manifiesto que «la expresión, tal y como está redactada concede mucho juego a la interpretación caso por caso, aunque parece exigible que todas las inclusiones se caractericen, al menos, por las siguientes notas: ser una enfermedad médicamente contrastada, necesitada de un específico tratamiento médico (más o menos importante), y provocar en el trabajador unos perjuicios psicofísicos de difícil apreciación pero claramente limitadores (o incluso impeditivos) de la realización de su actividad laboral»³⁶.

En la misma dirección, se encuentra también la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015³⁷, en la cual se indica que «este precepto legal está pensado exclusivamente para aquellas dolencias que exigen tratamientos médicos tan agresivos como los del cáncer, al que alude expresamente, y que por esa razón dan lugar a un número muy elevado de ausencias y bajas médicas durante los periodos en los que debe administrarse dicho tratamiento. La aplicación de esta previsión legal requiere por lo tanto dos requisitos que deben concurrir conjuntamente. El primero de ellos, que se trate de enfermedades graves comparables a un cáncer, y el segundo, que requieran tratamientos médicos tan agresivos, que den lugar a reiteradas bajas médicas para su administración en los días en que sea necesario para ello».

Respecto a la segunda cuestión, es preciso señalar que el art. 52 d) no efectúa ninguna remisión a otra norma que determine qué enfermedades merecen el calificativo de graves. Ahora bien, en este punto se debe recordar que el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave³⁸, establece, en su anexo I, un listado de enfermedades graves³⁹ mediante diecisiete títulos genéricos, que agrupan, a su vez,

³⁶ Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 148.

³⁷ JUR 2015\163073.

³⁸ BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011.

³⁹ Listado sustituido por el establecido en el art. 1 de la Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados

a 113 padecimientos específicos⁴⁰ (*vid.* tabla 5). Debe hacerse notar, sin embargo, que el legislador no ha hecho mención alguna al significado de estas enfermedades, y únicamente se ha limitado a enumerarlas.

Tal y como muy bien ha indicado la doctrina científica, «en cuanto a esas otras enfermedades “graves” distintas del cáncer que pueden dar lugar a ausencias de esta naturaleza, casi con toda seguridad ha de entenderse que dentro de las mismas cabe incluir aquellas que aparecen listadas en el Anexo I del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que regula una nueva prestación de Seguridad Social en favor de los progenitores, adoptantes y acogedores familiares por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave»⁴¹.

En términos muy similares se ha manifestado la jurisprudencia menor⁴². Así, por ejemplo, el TSJ de Islas Canarias, Las Palmas, ha precisado que se puede tomar como criterio orientativo el catálogo de enfermedades graves del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

Cabe indicar, además, que la negociación colectiva, progresivamente y para suplir la falta de tratamiento integral de la enfermedad grave en el ordenamiento laboral, se ha venido ocupando de introducir, en algunos casos, un concepto de enfermedad grave⁴³ y, en otros⁴⁴, de precisar que tendrán la consideración de gra-

por cáncer u otra enfermedad grave y se aprueba el modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor.

⁴⁰ No obstante, cabe indicar que en la Disposición final tercera (relativa a la actualización del listado de enfermedades graves) del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, se dispone que el Ministro de Trabajo podrá acordar, mediante orden ministerial, la incorporación de nuevas enfermedades al listado de enfermedades consideradas graves que figura en el anexo de este real decreto, cuando, previos los estudios e informes correspondientes, se trate de enfermedades graves que requieran el cuidado directo, continuo y permanente del menor por los progenitores, adoptantes o acogedores, durante su ingreso hospitalario, de larga duración, y tratamiento continuado de la enfermedad.

⁴¹ Sirvent Hernández, N., «La nueva regulación de los despidos objetivos», en AA.VV., *Reforma laboral 2012: últimas reformas laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 197-210. En el mismo sentido, se pueden mencionar los trabajos de otros autores que han entendido que para la constatación de las enfermedades graves puede servir de pauta el listado de enfermedades graves recogido en el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio: *vid.* Salcedo Beltrán, M.C., «Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo», *Revista doctrinal Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 7, 2013, págs. 293-300; González-Posada Martínez, E., «El despido objetivo y...», *op. cit.*, págs. 351-375; y Fernández Avilés, J.A. y Caballero Pérez, M.J., «Despido por circunstancias...», *op. cit.*, pág. 269.

⁴² SSTSJ de Islas Canarias, Las Palmas de 11 de noviembre de 2015 (AS 2016/293) y de Madrid de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016/233842), 27 de marzo de 2017 (JUR 2017/146514) y 28 de abril de 2017 (JUR 2017/166146). *Vid.* también la SJS de Sevilla de 10 de febrero 2017 (JUR 2017/61862).

⁴³ *V.gr.* Convenio Colectivo del sector de la «Industria del Comercio de la Vid de Valladolid» para los años 2015 a 2018 (BO de Valladolid núm. 282, de 9 de diciembre de 2015) –art. 10–. También puede considerarse así el Pacto sobre régimen de vacaciones y permisos del personal que presta servicios en centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León, con las organizaciones sindicales presentes en la mesa sectorial del personal de las instituciones sanitarias públicas (BO de Castilla y León núm. 164, de 27 de agosto de 2013) –art. 17–.

⁴⁴ Entre otros convenios colectivos que incluyen una sección concreta para precisar que se entiende por enfermedad grave las incluidas en el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, se encuentran los siguientes: I Convenio Colectivo de trabajo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros sociosanitarios y centros de salud mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud (DO de la Generalitat de Catalunya núm. 6923, de 29 de julio de 2015) –art. 49–; Convenio

Tabla 5: Listado de enfermedades graves

I. Oncología	II. Hematología
<p>1. Leucemia linfoblástica aguda; 2. Leucemia aguda no linfoblástica; 3. Linfoma no Hodgkin; 4. Enfermedad de Hodgkin; 5. Tumores del Sistema Nervioso Central; 6. Retinoblastomas; 7. Tumores renales; 8. Tumores hepáticos; 9. Tumores óseos; 10. Sarcomas de tejidos blandos; 11. Tumores de células germinales; 12. Cualquier otra enfermedad oncológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>13. Aplasia medular grave (constitucional o adquirida); 14. Neutropenias constitucionales graves; 15. Hemoglobinopatías constitucionales graves; 15 bis. Cualquier otra enfermedad hematológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
III. Errores innatos del metabolismo	IV. Alergia e inmunología
<p>16. Desórdenes de aminoácidos (fenilcetonuria, tirosinemia, enfermedad de la orina con olor a jarabe de arce, homocistinuria y otros desórdenes graves); 17. Desórdenes del ciclo de la urea (OTC); 18. Desórdenes de los ácidos orgánicos; 19. Desórdenes de carbohidratos (glucogenosis, galactosemia, intolerancia hereditaria a la fructosa y otros desórdenes graves); 20. Alteraciones glicosilación proteica; 21. Enfermedades lisosomiales (mucopolisacaridosis, oligosacaridosis, esfingolipidosis y otras enfermedades graves); 22. Enfermedades de los peroxisomas (Síndrome de Zellweger, condrodisplasia punctata, adrenoleucodistrofia ligada a X, enfermedad de Refsum y otros desórdenes graves); 23. Enfermedades mitocondriales: por defecto de oxidación de los ácidos grasos y de transporte de carnitina, por alteración del DNA mitocondrial, por mutación del DNA nuclear; 23 bis. Cualquier otro error innato del metabolismo grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>24. Alergias alimentarias graves sometidas a inducción de tolerancia oral; 25. Asma bronquial grave; 26. Inmunodeficiencias primarias por defecto de producción de anticuerpos; 27. Inmunodeficiencias primarias por defecto de linfocitos T; 28. Inmunodeficiencias por defecto de fagocitos; 29. Otras inmunodeficiencias: a) Síndrome de Wiscott-Aldrich, b) Defectos de reparación del ADN (Ataxia-telangiectasia), c) Síndrome de Di George, d) Síndrome de Hiper-IgE, e) Síndrome de IPEX. 30. Síndromes de disregulación inmune y linfoproliferación; 30 bis. Cualquier otra enfermedad alérgica e inmunológica graves que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>

V. Psiquiatría	VI. Neurología
<p>31. Trastornos de la conducta alimentaria; 32. Trastorno de conducta grave; 33. Trastorno depresivo mayor; 34. Trastorno psicótico; 35. Trastorno esquizoafectivo; 35 bis. Cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>36. Malformaciones congénitas del Sistema Nervioso Central; 37. Traumatismo craneoencefálico severo; 38. Lesión medular severa; 39. Epilepsias: a) Síndrome de West, b) Síndrome de Dravet, c) Síndrome de Lennox-Gastaut, d) Epilepsia secundaria a malformación o lesión cerebral, e) Síndrome de Rasmussen, f) Encefalopatías epilépticas, g) Epilepsia secundaria a enfermedades metabólicas, h) Otras epilepsias bien definidas; 40. Enfermedades autoinmunes: a) Esclerosis múltiple, b) Encefalomiелitis aguda diseminada, c) Guillain-Barré, d) Polineuropatía crónica desmielinizante, e) Encefalitis límbica; 41. Enfermedades neuromusculares: a) Atrofia muscular espinal infantil, b) Enfermedad de Duchenne; 42. Infecciones y parasitosis del Sistema Nervioso Central (meningitis, encefalitis, parásitos y otras infecciones); 43. Accidente cerebrovascular; 44. Parálisis cerebral infantil; 45. Narcolepsia-catalepsia; 45 bis. Cualquier otra enfermedad neurológica y/ o neuromuscular grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
VII. Cardiología	VIII. Aparato respiratorio
<p>46. Cardiopatías congénitas con disfunción ventricular; 47. Cardiopatías congénitas con hipertensión pulmonar; 48. Otras cardiopatías congénitas graves; 49. Miocardiopatías con disfunción ventricular o arritmias graves; 50. Cardiopatías con disfunción cardíaca y clase funcional III-IV; 51. Trasplante cardíaco; 51 bis. Cualquier otra enfermedad cardiológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>52. Fibrosis quística; 53. Neumopatías intersticiales; 54. Displasia broncopulmonar; 55. Hipertensión pulmonar; 56. Bronquiectasias; 57. Enfermedades respiratorias de origen inmunológico: a) Proteínosis alveolar, b) Hemosiderosis pulmonar, c) Sarcoidosis, d) Colagenopatías; 58. Trasplante de pulmón; 59. Cualquier otra enfermedad del aparato respiratorio grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>

IX. Aparato digestivo	X. Nefrología
<p>60. Resección intestinal amplia; 61. Síndrome de dismotilidad intestinal grave (Pseudo-obstrucción intestinal); 62. Diarreas congénitas graves; 63. Trasplante intestinal; 64. Hepatopatía grave; 65. Trasplante hepático; 66. Cualquier otra enfermedad del aparato digestivo grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>67. Enfermedad renal crónica terminal en tratamiento sustitutivo; 68. Trasplante renal; 69. Enfermedad renal crónica en el primer año de vida; 70. Síndrome nefrótico del primer año de vida; 71. Síndrome nefrótico corticorresistente y corticodependiente; 72. Tubulopatías de evolución grave; 73. Síndrome de Bartter; 74. Cistinosis; 75. Acidosis tubular renal; 76. Enfermedad de Dent; 77. Síndrome de Lowe; 78. Hipomagnesemia con hipercalcemia y nefrocalcinosis; 79. Malformaciones nefrourológicas complejas; 80. Síndromes polimalformativos con afectación renal; 81. Vejiga neurógena; 82. Defectos congénitos del tubo neural; 83. Cualquier otra enfermedad nefrológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
XI. Reumatología	XII. Cirugía
<p>84. Artritis idiopática juvenil (AIJ); 85. Lupus eritematoso sistémico; 86. Dermatomiositis juvenil; 87. Enfermedad mixta del tejido conectivo; 88. Esclerodermia sistémica; 89. Enfermedades autoinflamatorias (Fiebre Mediterránea Familiar, Amiloidosis y otras enfermedades autoinflamatorias graves); 90. Síndrome de Behçet; 91. Cualquier otra enfermedad reumatológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>92. Cirugía de cabeza y cuello: 92. Cirugía de cabeza y cuello: hidrocefalia/válvulas de derivación, mielomeningocele, craneostenosis, labio y paladar hendido, reconstrucción de deformidades craneofaciales complejas, etc; 93. Cirugía del tórax: deformidades torácicas, hernia diafragmática congénita, malformaciones pulmonares, etc; 94. Cirugía del aparato digestivo: atresia esofágica, cirugía antirreflujo, defectos de pared abdominal, malformaciones intestinales (atresia, vólvulo, duplicaciones), obstrucción intestinal, enterocolitis necrotizante, cirugía de la enfermedad inflamatoria intestinal, fallo intestinal, Hirschprung, malformaciones anorrectales, atresia vías biliares, hipertensión portal, etc; 95. Cirugía nefro-urológica: malformaciones renales y de vías urinarias; 96. Cirugía del politraumatizado; 97. Cirugía de las quemaduras graves; 98. Cirugía de los gemelos siameses; 99. Cirugía ortopédica: cirugía de las displasias esqueléticas, escoliosis, displasia del desarrollo de la cadera, cirugía de la parálisis cerebral, enfermedades neuromusculares y espina bífida, infecciones esqueléticas y otras cirugías ortopédicas complejas; 100. Cirugía de otros trasplantes: válvulas cardíacas, trasplantes óseos, trasplantes múltiples de diferentes aparatos; 100 bis. Cualquier otro procedimiento quirúrgico por patologías graves que, por indicación expresa facultativa, como en los anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>

XIII. Cuidados paliativos	XIV. Neonatología
101. Cualquier enfermedad grave que dé lugar a la necesidad de cuidados paliativos en la fase final de la vida del paciente que, por indicación expresa facultativa, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.	102. Grandes prematuros, nacidos antes de las 32 semanas de gestación o con un peso inferior a 1.500 gramos y prematuros que requieran ingresos prolongados por complicaciones secundarias a la prematuridad; 102 bis. Cualquier otra enfermedad neonatológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.
XV. Enfermedades infecciosas	XVI. Endocrinología
103. Infección por VIH; 104. Tuberculosis; 105. Neumonías complicadas; 106. Osteomielitis y artritis sépticas; 107. Endocarditis; 108. Pielonefritis complicadas; 109. Sepsis; 109 bis. Cualquier otra enfermedad infecciosa grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.	110. Diabetes Mellitus tipo I; 110 bis. Cualquier otra enfermedad endocrinológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.
XVII. Trastornos de base genética	
111. Síndrome de Smith-Magenis; 112. Epidermólisis bullosa; 113. Cualquier otro trastorno de base genética grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.	

* Esta tabla se ha elaborado a partir de los datos del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

ves todas aquellas enfermedades que se encuentren incluidas en el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

Por último, respecto a la posibilidad de que nuestros órganos de justicia entren a valorar si la enfermedad que alega el trabajador se puede considerar grave o no, debemos mencionar que las sentencias dictadas en los últimos años ponen de manifiesto la disparidad de criterios por parte de los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de interpretar y aplicar la norma.

Colectivo de trabajo para el personal laboral del Ayuntamiento de Alcalá la Real (BO de Jaén núm. 226, de 26 de noviembre de 2013) –art. 42–; Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE núm. 144, de 15 de junio de 2016) –art. 34–; Convenio colectivo de limpieza de centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de Salud de la Comunidad Autónoma de Aragón (BO de Aragón núm. 154, de 6 de agosto de 2013) –art. 16–; Convenio Colectivo del sector de Oficinas de Farmacia en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo (BO del Principado de Asturias núm. 188, de 14 de agosto de 2017) –art. 31–; Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Peñaflores (BO de Sevilla núm. 82, de 11 de abril de 2018) –art. 44–; Convenio Colectivo «Plan de Empleo» de la Ciudad Autónoma de Ceuta (BO de la Ciudad de Ceuta núm. 5741, de 22 de diciembre de 2017) –Disposición adicional primera–.

En la mayor parte de las sentencias dictadas sobre la materia, los Tribunales Superiores de Justicia valoran si la enfermedad alegada por el trabajador merece o no ser calificada como grave⁴⁵. Sin embargo, en otras sentencias –estas no son muy numerosas– los Tribunales Superiores de Justicia manifiestan que no les corresponde a ellos determinar si una enfermedad merece (o no merece) la calificación de grave, ya que dicha calificación corresponde a los médicos que en su caso trataron al trabajador, mediante la emisión de los informes médicos correspondientes (v.gr: STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2014⁴⁶).

Finalmente indicar que los órganos judiciales deberán pronunciarse y precisar si la enfermedad que alega el trabajador se puede considerar grave (a los efectos de excluir del cómputo las ausencias que obedezcan a la misma), en base a lo acreditado, para cada supuesto concreto, por los servicios médicos oficiales⁴⁷.

2.2.2. Las coberturas o su alcance

Una segunda cuestión que debemos tratar es si se excluyen del cómputo del absentismo las faltas de asistencia del trabajador debidas al padecimiento de un

⁴⁵ Así, de manera ilustrativa, en un breve repaso por la doctrina judicial, puede citarse, en primer término, la STSJ de Madrid de 28 de abril de 2017 (JUR 2017\166146), en la que se estima que el trastorno bipolar padecido por el trabajador es una enfermedad grave –«aceptando a efectos dialécticos que el trastorno bipolar padecido es una enfermedad grave»–. Por su parte, en la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017\146514) se considera que la enfermedad sufrida por la trabajadora se califica como «pielonefritis complicada» como exige el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, y que, por tanto, se encuadra en el cuadro de enfermedades graves a que refiere el apartado XV de enfermedades infecciosas. En la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015 (AS 2016\293) se resuelve que la esquizofrenia merece la calificación de enfermedad grave «efectuando la correspondiente valoración en atención a las características y naturaleza de la enfermedad de que se trate». En la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016\233842) se cuestiona que la patología lumbar que padece la demandante pueda ser calificada como una enfermedad grave cobijada en las exclusiones del art. 52 d) del ET. O en la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2016 (JUR 2016\180234) la Sala considera que no puede acogerse la tesis del recurrente en cuanto a la concurrencia de una enfermedad grave. En la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015 (JUR 2015\163073) se determina que ninguna de las dolencias alegadas por la actora cumplen los requisitos de la enfermedad grave. En la STSJ de Andalucía, Málaga, de 13 de noviembre de 2014 (AS 2015\552) se estima que la migraña no merece la calificación de enfermedad grave. En la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 (JUR 2014\242993) se aprecia que «las dolencias y limitaciones de la actora (...) desde luego no merecen el calificativo de graves, en el sentido de que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o de otra dolencia que pueda comprometer la vida del paciente si no se trata adecuadamente, pues, en efecto, sus patologías consisten en dolor de escápulas, fascitis plantar y prevención de diabetes, epicondilitis y problemas gástricos». En la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 16 de julio de 2014 (JUR 2014\222736) se considera que el supuesto de cáncer o de enfermedad grave no existe en el caso que ocupa a la trabajadora, toda vez que los procesos de incapacidad computados se correspondieron con los siguientes diagnósticos: dolor abdominal y bronquitis; y en la STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2014 (AS 2014\1992) la Sala estima que las patologías acreditadas por el demandante no pueden tener la consideración de «graves» para poder ser excluidas).

⁴⁶ JUR 2014\89448.

⁴⁷ Fernández Avilés, J.A. y Caballero Pérez, M.J., «Despido por circunstancias...», op. cit., pág. 269.

cáncer o de una enfermedad grave o, en cambio, únicamente las que vienen motivadas por el tratamiento de dichas enfermedades.

A la vista de las primeras resoluciones judiciales que se han dictado en procesos de despidos objetivos por absentismo⁴⁸, podríamos deducir que parte de nuestros órganos judiciales excluirían del cómputo aquellas faltas de asistencia motivadas por el padecimiento de una enfermedad grave o de un cáncer.

No obstante, la mayor parte de las sentencias que se han dictado en los últimos años viran en el sentido contrario⁴⁹, pues consideran que, cuando el precepto estatutario excluye del cómputo las ausencias que «obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave», no está excluyendo las ausencias derivadas del padecimiento de un cáncer o de una enfermedad grave, sino tan solo las que se deriven del tratamiento de dichas enfermedades⁵⁰. A este respecto cabe señalar que en la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2016⁵¹ se ha determinado que «cuando el citado artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (...) dice en su último párrafo (...) que “tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”, (...) excluye del cómputo de las ausencias al puesto de trabajo los periodos de baja consecuencia de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, no, por tanto, los derivados del padecimiento (de un cáncer o) de una enfermedad grave sino del tratamiento de la(s) misma(s)».

Esta misma tesis ha sido mantenida en la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015⁵²—citada anteriormente—, al subrayarse que «la litera-

⁴⁸ SSTSJ de Andalucía, Málaga, de 13 de noviembre de 2014 (AS 2015\552), de Castilla y León, Valladolid, de 16 de julio de 2014 (JUR 2014\222736), y de Aragón de 27 de enero de 2016 (JUR 2016\68777) y de 2 de mayo de 2018 (JUR 2018\184215). *Vid.* también, la SJS de Sevilla, Andalucía, de 10 de febrero de 2017 (JUR 2017\61862).

⁴⁹ SSTSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 (JUR 2014\242993), de 26 de mayo de 2015 (JUR 2015\178475), de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015\236009), de 24 de mayo de 2016 (JUR 2016\180234), de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016\233842), de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017\146514) y de 28 de abril de 2017 (JUR 2017\166146); STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015 (JUR 2015\163073); de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2015 (AS 2015\2409); de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015 (AS 2016\293); de País Vasco de 20 de junio de 2017 (JUR 2017\228379); y SJS de Cuenca, Castilla-La Mancha, de 7 de marzo de 2018 (AS 2018\513). Se pueden encontrar otras sentencias en esta dirección, pero que tratan la cuestión indirectamente: SSTSJ de Madrid de 10 de julio de 2013 (JUR 2013\302244) y de 14 de marzo de 2016 (JUR 2016\98490), y de Cataluña de 19 de febrero de 2014 (JUR 2014\89448).

⁵⁰ La doctrina científica parece entender también que la norma excluye tan solo las faltas de asistencia debidas a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave (y no aquellas ocasionadas por el padecimiento de dichas enfermedades). *Vid.*, por ejemplo, Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M., *El despido del trabajador por motivo de...*, op. cit., pág. 42: «Se pretende evitar la extinción del contrato de trabajo de aquellos trabajadores que estando enfermos de cáncer o de alguna otra enfermedad grave y encontrándose sometidos a los tratamientos prescritos al efecto acumulen faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen los umbrales previstos en el art. 52 d) del ET. A partir de ahora las ausencias derivadas de estos tratamientos no computarán como faltas de asistencia a los efectos de esta causa de extinción del contrato de trabajo».

⁵¹ JUR 2016\180234.

⁵² AS 2016\293.

lidad de la norma es clara en cuanto a que las ausencias excluidas del cómputo no son las ocasionadas por padecer un proceso oncológico o una enfermedad grave, sino las originadas por haber recibido tratamiento médico por cualquiera de esas entidades clínicas, es decir, en lo que el legislador está pensando es en el absentismo laboral intermitente y de breve duración provocado por la indisposición para trabajar causada por los efectos de los tratamientos dispensados a los trabajadores aquejados de afecciones de tales características».

Habiéndose recogido expresamente en el precepto el término «tratamiento médico» sin hacerse mención expresa al término «padecimiento» (que se define como la acción de padecer o sufrir una enfermedad), parece más razonable apoyar esta segunda tesis, en base a la cual se debe interpretar que el legislador no pretende que se excluyan las faltas de asistencia motivadas por el padecimiento de un proceso oncológico o de una enfermedad grave, sino, más bien, aquellas ocasionadas por el tratamiento médico de dichas enfermedades. De haber pretendido el legislador lo contrario, la redacción de la norma habría sido distinta –v.gr.: «*Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan al padecimiento de cáncer o enfermedad grave*»–.

Sentado lo anterior, es necesario determinar el alcance de un «tratamiento médico» de cáncer o enfermedad grave. La mera lectura de la norma lleva a considerar que el precepto legal está pensado solamente para aquellos tratamientos médicos, como la quimioterapia o la radioterapia⁵³, que se administran de manera puntual y de un modo, más o menos, continuado y secuencial durante un espacio temporal concreto, con efectos secundarios tan agresivos como para justificar las continuadas y reiteradas faltas de asistencia al trabajo.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la referencia que se hace a la «enfermedad grave», podemos pensar que la norma permite incluir además otro tipo de tratamientos como, por ejemplo, los que se indican a continuación: «tratamientos de fisioterapia, (tratamientos) experimentales de enfermedad poco comunes»⁵⁴, tratamientos farmacológicos (entre otros) en una enfermedad psiquiátrica grave⁵⁵,

⁵³ En términos similares, Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 148, entiende que «el legislador está pensando, probablemente, en las disfunciones orgánicas que los tratamientos de radio y quimioterapia provocan en el trabajador, dificultándole sobremanera (e incluso impidiéndoles) al acudimiento al trabajo de manera óptima. Es razonable que la norma se acomode a estas particularidades tan comunes en la vida ordinaria». Al respecto, *vid.* también la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015 (JUR 2015\163073).

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ En la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015 (AS 2016\293) se determina que deben excluirse del cómputo del absentismo las ausencias de un trabajador derivadas de bajas motivadas por efectos secundarios de su medicación para la esquizofrenia, habida cuenta que, dicha patología es subsumible en el concepto de enfermedad grave. Como bien se expone en la sentencia, el trabajador estaba recibiendo un tratamiento médico (concretamente un tratamiento neuroléptico –a este respecto, debemos tener en cuenta que un neuroléptico es un fármaco–) para su enfermedad grave, tratamiento cuyos efectos o administración provoca una indisposición para trabajar.

tratamientos antirretrovirales en el caso de infección por el VIH⁵⁶, tratamiento de antibióticos selectivos en el supuesto de pielonefritis complicada⁵⁷, etc.

2.2.3. El origen de la patología

Por otra parte, debemos preguntarnos si dicho tratamiento médico debe o no provenir de una patología que se derive de una contingencia profesional. La mera lectura de la norma lleva a considerar que «ese tratamiento médico de “cáncer” o de la “enfermedad grave” no debe provenir de una contingencia profesional, es decir, debe constar fehacientemente que el padecimiento del trabajador no guarda relación alguna con el trabajo, pues si así fuese debería quedar excepcionada cualquier ausencia, también las menores de veinte días»⁵⁸.

Es muy probable que la exclusión prevista en el tercer párrafo del art. 52 d) del ET esté pensada precisamente para un supuesto de inasistencia del trabajador por enfermedad común de duración inferior a veinte días consecutivos, ya que, en caso contrario, todas las faltas de asistencia del trabajador quedan cubiertas por la excepción general prevista en el párrafo segundo del precepto⁵⁹.

Así lo ha entendido también el TSJ de Cataluña en su sentencia de 21 de abril de 2015⁶⁰, al señalar que, «contra lo que parece entender la recurrente, el art. 52. 2º letra d) Estatuto de los Trabajadores, no está pensando únicamente en el trabajador que padece cáncer o una enfermedad grave, sino en el trabajador cuyas ausencias obedecen a la necesidad de recibir un tratamiento médico como consecuencia de dicha enfermedad. Ausencias que han de ser de las computables a tal efecto conforme al párrafo anterior de ese mismo precepto, que ya excluye en cualquier caso las debidas a bajas médicas por enfermedad común de una duración de más de veinte días consecutivos, en las que lógicamente se engloban las derivadas de enfermedades graves que así lo requieran, con lo que esa exclusión del último párrafo se refiere a las ausencias inferiores a veinte días generadas por la necesidad de recibir tratamiento médico o las consecuencias puntuales derivadas del mismo, cuando se trata de cáncer o una enfermedad grave análoga».

⁵⁶ Al respecto, puede ser interesante la STSJ de País Vasco de 20 de junio de 2017 (JUR 2017\228379).

⁵⁷ En este sentido, *vid.* la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017\146514). En esta sentencia, se califica la enfermedad sufrida por una trabajadora como «pielonefritis complicada» y se encuadra en el cuadro de enfermedades graves a que refiere el apartado XV de enfermedades infecciosas. Consecuentemente, se excluyen determinados días del cómputo a que refiere el art. 52 d), declarándose la improcedencia del despido de la trabajadora.

⁵⁸ Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., págs. 148-149.

⁵⁹ En similares términos, Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 149 y Sirvent Hernández, N., «La nueva regulación de los...», op. cit., págs. 197-210.

⁶⁰ JUR 2015\163073.

2.2.4. Protección de datos y aplicabilidad de la previsión legal

Al margen de lo anterior, pero unido de manera necesaria, una cuestión relevante que se puede plantear es si la previsión legal de no computar de ausencias por «tratamiento de cáncer o enfermedad grave» obliga al trabajador a divulgar un dato de su intimidad, un dato sensible que estaría amparado por la normativa de protección de datos. Parece razonable entender que esta previsión no compele al trabajador a divulgar un dato de su intimidad, en la medida en que la previsión legal únicamente contempla que, en tales supuestos, las faltas de asistencia no serán tenidas en cuenta a efectos del cómputo del absentismo laboral, pero no implica, de manera necesaria, su alusión.

De esta manera es cada trabajador el que debe valorar si debe comunicar a la empresa su situación de enfermedad o tratamiento, o bien, en su caso, hacerlo valer judicialmente con posterioridad a su situación de enfermedad y tratamiento, a los efectos de que las faltas de asistencia por tal motivo no le sean computadas para el despido objetivo por absentismo laboral.

Así, en el art. 52 d) del ET no se establece ninguna obligación para el trabajador de notificar a la empresa su situación de enfermedad o tratamiento, pero si lo que pretende es valerse de la exclusión del cómputo que el precepto contempla, tal comunicación habrá de ser realizada.

Es cierto, no obstante, que ello podría interpretarse como una desprotección para el trabajador, pero será el mismo el que valore la oportunidad de priorizar uno u otro derecho, teniendo presente, de un lado, que no puede invocarse tal derecho sin alegar la causa y, de otro, que a esa misma solución se llega, por ejemplo, con la comunicación de la afiliación sindical por parte del trabajador, lo que queda a su libre y total voluntad, pero no podrá hacerse valer tal extremo posteriormente, si dicha comunicación no se hizo a la empresa⁶¹. Sea como sea, parece que esta situación debería analizarse a la luz del Reglamento Europeo de Protección de Datos y el alcance del mismo en el ámbito laboral.

3. CONCLUSIONES

En vista de lo expuesto hasta aquí, podemos afirmar que esta exclusión del cómputo del absentismo a efectos del despido objetivo, pese a ser necesaria, genera numerosas cuestiones interpretativas en el ámbito del Derecho del Trabajo y determina una evidente inseguridad jurídica tanto para el empresario como para el propio trabajador afectado.

⁶¹ STSJ de País Vasco de 20 de junio de 2017 (JUR\2017\228379).

En este sentido, podemos concluir que, si bien nuestros Tribunales españoles vienen ofreciendo desde el año 2012 una serie de interpretaciones diferentes –que hemos estudiado en este trabajo– sobre el supuesto del «tratamiento de cáncer o enfermedad grave» en los despidos objetivos por absentismo laboral del art. 52 d) del ET, en la medida en que aún no se han establecido unos criterios y enfoques uniformes y estables, habrá que esperar a que el TS clarifique (o no) las distintas cuestiones a través de nuevos pronunciamientos.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alamán Calabuig, M., «Pinceladas prácticas en torno a los despidos por causas objetivas en la reforma laboral», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 806, 2010.
- Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- Arias Domínguez, Á., «La reforma laboral de 2012 (I): Absentismo (1)», *Legal Today*, 2012, disponible en el siguiente enlace: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/la-reforma-laboral-de-2012-i-absentismo-1>.
- Blanco Martín, J.M., «La reforma y procedimiento de los despidos por causas objetivas», en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, Madrid, 2011.
- Cuba Vila, B., «A propósito de la evolución legislativa y jurisprudencial del despido objetivo por absentismo», *Revista de información laboral*, núm. 6, 2013.
- Cruz Villalón, J., «Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012.
- Esclerosis Múltiple España, «Redactado final de la regulación del despido objetivo», 2013, disponible en <https://www.esclerosismultiple.com/343/> (versión online).
- Fernández Avilés, J.A. y Caballero Pérez, M.J., «Despido por circunstancias objetivas», en AA.VV., *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: Análisis de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2013.
- Fraguas Madurga, L., «Los derechos laborales del trabajador enfermo oncológico», *Derecho y salud*, vol. 23, núm. 2, 2013.
- García-Perrote 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», *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2012.
- 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», *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 397, 2016.
- Gómez Salado, M.Á., «Despido objetivo y faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género», *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 410, 2017.
- Gómez Salado, M.Á., «El despido objetivo y las faltas de asistencia que tienen su origen en la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo y la lactancia, y las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia», en AA.VV., *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, Murcia, 2018.

- Gómez Salado, M.Á., «La extinción objetiva del contrato por faltas de asistencia y la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género», en AA.VV. (Gómez Salado, M.Á. Dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, Murcia, 2019.
- González-Posada Martínez, E., «El despido objetivo y el despido disciplinario», *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, núm. 34, 2013.
- Martín Rivera, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008.
- Martínez-Gijón Machuca, M.Á., «El despido objetivo en la reforma de 2012: una oportunidad perdida», en AA.VV., *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Punto Rojo, Sevilla, 2013.
- Molina Navarrete, C., «La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y “versos sueltos”», *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, núm. 352, 2012.
- Moreno Gené, J., «La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 350, 2012.
- Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M., *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013.
- Observatorio de la Esclerosis Múltiple, «El estatuto de los trabajadores no considerará ‘absentismo’ la baja por esclerosis múltiple», 2013, disponible en <http://www.observatorioesclerosismultiple.com/es/trabajar/cuales-son-mis-derechos/el-estatuto-de-los-trabajadores-no-considerara-absentismo-la-baja-por-esclerosis-multiple/> (versión online).
- Orcaray Reviriego, J. J., «Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2016.
- Quesada Segura, R., «La extinción de la relación laboral», en AA.VV., *Lecciones de derecho del trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Las claves de la reforma laboral 2012», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012.
- Rojo Torrecilla, E., «El despido por absentismo tras la reforma laboral de 2012. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (y II)», 2013, disponible en el siguiente enlace: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/el-despido-por-absentismo-tras-la_16.html.
- Ruiz Castillo, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», *Revista de derecho social*, núm. 57, 2012.
- Sala Franco, T. y Molero Manglano, C., «Comentarios a la Ley 3/2012, de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio de 2012)», documento accesible en <http://www.tirantonline.com>.
- Sala Franco, T. y Molero Manglano, C., «Ley 3/2012, de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio de 2012)», 2012, documento accesible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/nn-081.pdf>.
- Salcedo Beltrán, M.C., «Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo», *Revista doctrinal Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 7, 2013.
- San Martín Rodríguez, J., «Acerca del despido objetivo», *Revista técnico laboral*, vol. 34, núm. 133, 2012.

- Sempere Navarro, A.V., «Causas del despido objetivo», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Sirvent Hernández, N., «La nueva regulación de los despidos objetivos», en AA.VV., *Reforma laboral 2012: últimas reformas laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Sociedad Española de Oncología Médica, «Las cifras del Cáncer en España. Año 2018», 2018, pág. 6, disponible en https://seom.org/seomcms/images/stories/recursos/Las_Cifras_del_cancer_en_Espana2018.pdf.
- Soler Ferrer, F., «La nueva regulación del despido por causas objetivas», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 154, 2010.