

CIRCULAR 05/2019

– LABORAL –

DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA AUN JUSTIFICADAS

El artículo 52.d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“**ET**”) habilita al empresario a extinguir la relación laboral por absentismo en caso de alcanzar determinados umbrales de faltas de asistencia aun siendo justificadas. Tales umbrales son alcanzar (o, por supuesto, rebasar): (i) el 20% de las jornadas hábiles de forma intermitente en 2 meses consecutivos, suponiendo ello un 5% dentro de los 12 meses anteriores; o (ii) el 25% de las jornadas hábiles durante 4 meses discontinuos en un periodo de 12 meses. No obstante, el precepto indicado excluye el cómputo de las bajas por accidente no laboral, o las acordadas por los servicios sanitarios por enfermedad común cuya duración sea superior a 20 días, entre otras.

Sobre ello se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia del 16 de octubre de 2019, rec. 2960/2019, cuyo fallo avala la licitud del despido objetivo por absentismo, ex artículo 52.d) ET. En este sentido, el Tribunal rechaza la vulneración de los preceptos 15, 35.1 y 43.1 de la Constitución Española de 1978 (“**CE**”). Su fundamento se basa en que en ningún caso se pone en riesgo la salud del trabajador, pues la conducta prevista en el artículo no concibe un acto de tal calibre, y que no obstante, la norma excluye determinados supuestos del cómputo como es la baja de larga duración o determinadas enfermedades graves, lo que, en consecuencia, dota de objetividad y convicción la extinción de trabajo por absentismo. Además de lo anterior, este artículo cumple con la finalidad de fomentar la productividad a través del reconocimiento de la libertad de empresa, contemplada en el artículo 38 CE.

No obstante, esta Sentencia cuenta con la formulación de 3 votos particulares, el efectuado por don Fernando Valdés Dal-Ré y el de doña María Luisa Balaguer Callejón, a los que se adhiere don Juan Antonio Xiol Ríos. El primero de ellos entiende que debería de haberse estimado la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 35.1 CE, por cuanto se disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud por miedo a cualquier represalia por parte del empresario, descuidando con ello su salud. El segundo voto particular se focaliza en la discrepancia de la Magistrada en el uso que se le da a la libertad de empresa ex artículo 38 CE como medio justificativo de la extinción contractual. Paralelamente, contempla, como consecuencia de aplicar el artículo 52.d) ET, la discriminación indirecta por razón de sexo hacia las mujeres, pues las bajas por contingencias comunes, en su mayoría, son cursadas por mujeres.

I. SOBRE EL ARTÍCULO 52.D DEL ET

Las faltas de asistencia al trabajo son, entre otras, causa determinante de la extinción de la relación laboral por las circunstancias objetivas previstas en el artículo 52.d) del ET, conforme al cual, el empresario tiene la potestad de extinguir el contrato de trabajo en caso de alcanzarse un determinado nivel de faltas de asistencia por parte del trabajador, **a pesar de estar o no justificadas**.

a) Umbrales a alcanzar

Según se desprende del primer párrafo del apartado d) del artículo 52 ET, las faltas de asistencia deben alcanzar o rebasar los siguientes límites, excluyentes entre sí:

- El **20%** de las jornadas hábiles en **2 meses consecutivos**, siendo necesario que el total de las faltas cometidas alcance el 5% de las jornadas hábiles en los 12 meses anteriores.

En este límite, se requiere que las faltas de asistencia al trabajo sean **intermitentes**. Por tanto, una misma baja de jornadas hábiles consecutivas, que sobrepase los porcentajes indicados, no tendría encaje. Harían falta, como mínimo, dos bajas intermitentes.

- El **25%** de las jornadas hábiles en **4 meses discontinuos** en un periodo de 12 meses.

En este segundo límite, la norma no hace referencia al carácter intermitente de las ausencias, de modo que, tanto si son intermitentes como si no lo son se ajustan al precepto. En consecuencia, sí que se computan todas las jornadas hábiles de inasistencia, aunque no sean intermitentes¹.

Debemos precisar, conforme a la jurisprudencia mayoritaria, que se entiende por jornadas hábiles aquellos días de trabajo efectivo, excluyéndose, por tanto, los domingos, festivos y vacaciones. Además, no se deben computar, a estos efectos, los retrasos en llegar al puesto de trabajo, sino la inasistencia durante la jornada completa.

b) Cómputo

Ante la falta de regulación expresa del ET, el cómputo de los umbrales señalados anteriormente se realiza de fecha a fecha. A tenor de la doctrina judicial, el *dies a quo* lo conforma la **fecha de baja inicial**, siendo su *dies ad quem* la **fecha de despido**.

c) Exclusiones

Según lo previsto en el precepto legal objeto de la presente Circular, **el legislador excluye del cómputo las faltas cuya causa se funda en lo siguiente:**

- Huelga legal por el tiempo de duración de la misma.
- Ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores.
- Accidente de trabajo.
- Nacimiento y cuidado de menor (maternidad y paternidad); riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia; así como enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia.
- Vacaciones y licencias.
- Bajas por accidente no laboral o enfermedad común en caso de acordarse

por médico facultativo y cuya duración sea superior a 20 días consecutivos.

- Tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.
- Situación derivada de violencia de género acreditada.

En cualquier caso, el **Convenio Colectivo** de aplicación en cada caso concreto, puede prever cualquier otro tipo de circunstancia excluyente.

II. SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 52.D DEL ET

En relación con esta materia se pronuncia el **Tribunal Constitucional en su Sentencia del 16 de octubre de 2019, rec. 2960/2019**, avalando la licitud del despido objetivo por absentismo motivado por las faltas de asistencias justificadas, pero intermitentes.

a) Situación de partida

La Sentencia versa sobre una trabajadora demandante (“**la Trabajadora**” o “**la Demandante**”), que fue despedida por varias ausencias del puesto de trabajo, que le supusieron la inasistencia en 9 días hábiles, correspondientes a diferentes bajas (3 por incapacidad temporal, 1 sin justificar).

La empresa la despidió por suponer dichas ausencias un 22,50% de las jornadas hábiles², superándose el umbral del 20% previsto legalmente. Paralelamente, se invoca en la carta de despido el rebaso del umbral del 5% en los 12 meses anteriores, siendo estas ausencias un 7,84% de las jornadas hábiles.

Motivo de ello fue la interposición de demanda por parte de la Trabajadora alegando la nulidad de despido por vulneración de los artículos 14 y 15 de la CE, porque entiende que este despido supone amenaza o coacción hacia el trabajador enfermo. Finalmente, el Juzgado, en que se tramitaba esta demanda, solicitó **cuestión de inconstitucionalidad del artículo 52.d) del ET por vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 de la CE**.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2015, rec. 1000/2014.

² 9 días / 40 días de jornadas hábiles en los 2 meses continuos del supuesto (abril y mayo de 2016) = 22,50%.

b) Razonamiento jurídico

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre:

- La eventual vulneración del derecho a la integridad física vinculada a la preservación de la salud, artículo 15 CE

Respecto de lo anterior, señala que únicamente podría advertirse tal vulneración, en caso de que una concreta actuación empresarial relacionada con las bajas por enfermedad pudiese suponer un peligro “grave y cierto” para la salud del trabajador.

Advierte el Tribunal que, precisamente por ello, el legislador ha excluido del cómputo los supuestos de bajas de larga duración o derivadas de enfermedades graves.

- Contradicción del artículo 52.d) ET con el derecho a la protección de la salud, artículo 43.1 CE

Sobre ello, el Tribunal señala que el temor a perder su puesto de trabajo por aplicación de la normativa laboral puede traer la consecuencia de acudir al puesto de trabajo a pesar de padecer una enfermedad, comprometiendo ello la salud del trabajador. No obstante, sostiene que en ningún caso esto lo provoca la regulación del artículo 52.d) del ET, pues este se limita a regular la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por absentismo de los empleados.

En definitiva, el artículo 52.d) del ET viene referido a la defensa de la productividad prevista en el artículo 38 de la CE, junto con la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, de modo que, en ningún caso se vulnera el artículo 43.1 de la CE.

- Contradicción entre el artículo 52.d) ET con el derecho al trabajo, artículo 35.1 CE

Al respecto, sostiene el Tribunal que en ningún caso se vulnera la norma mencionada, en el sentido de que la limitación del derecho al trabajo se realiza

con la finalidad de evitar el incremento indebido de costes que pueda producirse para las empresas, y con ello, fomentar la defensa de la productividad ex artículo 38 de la CE.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional que el artículo cuestionado cumple con su finalidad legítima, y en consecuencia, desestima la cuestión de inconstitucionalidad y avala el despido objetivo llevado a cabo por absentismo.

c) Votos particulares

En atención al pronunciamiento del Tribunal Constitucional se han formulado 3 votos particulares, el efectuado por don Fernando Valdés Dal-Ré y el de doña María Luisa Balaguer Callejón, a los que se adhiere don Juan Antonio Xiol Ríos.

- Voto particular que formula el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

En su Voto particular el Magistrado fundamenta, en desacuerdo con lo anteriormente expuesto, que esta posibilidad de despido prevista en el artículo 52.d) del ET fomenta que las ausencias aun siendo justificadas sean evitadas, disuadiendo al trabajador del derecho al cuidado de su salud.

En consecuencia, defiende la inconstitucionalidad por la lesión del artículo 35.1 de la CE, advirtiendo que en la Sentencia con la que discrepa no solo no se contempla tal lesión, sino que se alude a la libertad de empresa o interés empresarial como justificación de la extinción contractual.

- Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón

En el mismo hilo que el anterior, la Magistrada sostiene que estamos ante un despido que no obedece a una causa concreta por no cometer el trabajador ninguna irregularidad.

Paralelamente, discrepa en el uso que la Sentencia le da a la libertad de empresa, ex

artículo 38 de la CE, como medio justificativo del despido efectuado y su papel contra el absentismo, así como de que esta libertad empresarial pueda estar antepuesta al derecho a la integridad física de los trabajadores.

Finalmente, la Magistrada trae a colación la incidencia que este precepto puede tener en cuanto a la discriminación indirecta por razón de sexo. En relación con ello, fundamenta que las mujeres padecen con mayor frecuencia que los hombres la carga de la jornada laboral y familiar, y con ello sufren más bajas por incapacidad laboral de corta duración o ausencias que pueden incluirse en el supuesto que estamos tratando.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En definitiva, en la Sentencia objeto de la presente, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

- El precepto legal cuestionado dota de objetividad y convicción la extinción del contrato de trabajo, y en ningún caso, carece de causa.
- El artículo pondera los intereses en conflicto y prevé los supuestos que se excluyen del cómputo de los umbrales dispuestos legalmente, de modo que, en ningún caso se están vulnerando los artículos de la CE puestos de manifiesto.
- El artículo 38 de la CE, al reconocer la libertad de empresa y la defensa de la productividad, legitima el artículo 52.d) del ET.

Lo que, en síntesis, **se legitima es la aplicabilidad del artículo 52.d) del ET cuando se extingue el contrato de trabajo**, donde consta como **supuesto de despido objetivo el absentismo por faltas intermitentes o consecutivas, por alcanzar o rebasarse cualquiera de los límites previstos** en tal artículo, **aun siendo ausencias justificadas** como se señala anteriormente.

No obstante lo anterior, y al hilo de lo expuesto por doña María Luisa Balaguer Callejón, es destacable señalar que las bajas por incapacidad

temporal por contingencias comunes, en su mayoría son cursadas por mujeres, y con ello podríamos estar ante una discriminación indirecta por razón de sexo.

En todo caso, lo recomendable es estudiar cada caso concreto y comprobar si procede o no la extinción contractual ex artículo 52.d) del ET.

El contenido de esta circular es meramente informativo y no pretende constituir asesoramiento jurídico alguno. Si pretende recibir tal asesoramiento, póngase en contacto con nosotros a través del correo electrónico alenta@alenta.com. Si no desea recibir más circulares de nuestro despacho, envíe un mensaje en tal sentido a la dirección de correo electrónico indicada.