

Comentario Laboral

A vueltas con el despido por absentismo:
¿una derogación en ciernes?

30 de diciembre de 2019

A propósito de la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional el pasado 16 de octubre de 2019

Tras la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional el pasado 16 de octubre de 2019 (RA 2960/2019) desestimando, aunque no de forma unánime, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social Barcelona en relación con el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto permite extinguir la relación laboral por absentismo derivado de faltas por enfermedades intermitentes de corta duración del trabajador, hayan dado lugar o no a la expedición de partes oficiales de baja médica, son muchos los comentarios críticos que se han alzado, llegándose incluso a afirmar por quienes con toda probabilidad ejerzan el Gobierno de España, que una de las primeras medidas será derogar dicho precepto.

No entraremos en las razones que han justificado la licitud del precepto frente a quienes sostienen que contraviene el derecho a la protección de la salud y que si hay justificación de las ausencias y está en peligro el estado de salud, el despido por esa causa segrega, disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado sólo en la existencia misma de la enfermedad.

Lo que interesa es apuntar algunos comentarios prácticos, basados en casos reales, que sirvan para llamar la atención y, en su caso, analizar si a las empresas les interesa poner en escena, uno de los derechos extintivos más longevos que siguen ostentando, y que tiene todas las trazas de ser derogado el próximo año.

Lo primero que hay que subrayar es que el precepto en cuestión, con algunas modificaciones, en lo sustancial está vigente nada menos que desde hace casi 40 años. En efecto, el Estatuto de los Trabajadores que vio la luz por la Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE del 14-3) ya regulaba la posibilidad de una extinción del contrato de trabajo indemnizada por absentismo del trabajador (art. 52 d). No se trata, pues, de una norma puesta en escena por la famosa reforma laboral de 2012 (solo cambió que el absentismo se mide desde entonces en relación con el propio trabajador interesado y no por comparación a la totalidad de los trabajadores de la plantilla), sino de un precepto con un largo recorrido que hasta el momento en que se dictó la STC nunca fue tachado de inconstitucional.

Reproduzcamos para facilitar la labor del lector el contenido del actual artículo 52, letra d) del ET:

“El contrato podrá extinguirse: (...) d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

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.”

Sin duda las dificultades interpretativas con las que se encuentran las Compañías se centran en dar respuesta, entre otros, a estos interrogantes:

¿Se pueden incluir las faltas de puntualidad? ¿Han de considerarse solo las faltas de inasistencia al trabajo durante la jornada completa?

¿Cómo solventar la exclusión del cómputo de las faltas de asistencia debidas a “enfermedad grave” cuando la empresa desconoce las causas de las bajas médicas?

¿Cómo se realizan los cálculos del absentismo en los plazos corto y largo?

¿Cómo se computan los cuatro meses discontinuos? ¿De fecha a fecha o por meses naturales?

¿Pueden computarse los periodos de IT para el periodo corto de los 2 meses y asimismo también para el largo? ¿O se infringiría el *principio non bis in idem*?

Las faltas ¿han de ser inmediatas a la decisión extintiva o dentro del año anterior?

¿En qué línea se han venido pronunciando los Juzgados y Tribunales del orden social?

Respondiendo a las precedentes cuestiones:

1.- ¿Se pueden incluir las faltas de puntualidad? ¿Han de considerarse solo las faltas de inasistencia al trabajo durante la jornada completa?

Solo se consideran las faltas entendidas como inasistencia al trabajo durante la jornada completa, pues el artículo 52.d) del ET, se refiere exclusivamente a las faltas de asistencia al trabajo. Por tanto, se deben excluir las faltas de puntualidad, ya sean por incorporaciones al trabajo con retraso al comienzo de la jornada laboral, o por abandonar el trabajo antes del final de la misma, o incluso ausentarse temporalmente durante ella (por todas, STSJ Andalucía, Sevilla, 19-5-16 [RS 1402/2015] y STSJ Madrid, 22-4-16 [RS 167/2016]).

2.- ¿Cómo solventar la exclusión del cómputo de las faltas de asistencia debidas a “enfermedad grave” cuando la empresa desconoce las causas de las bajas médicas?

En la práctica empresarial esta incógnita no se suele plantear. Sin embargo, y como se resolvió en el procedimiento que dio lugar a la STSJ Aragón 2-5-2018 (RS 2011/2018) una solución intermedia sería la de expresar en la comunicación extintiva que: *“Asimismo, no nos consta que sus bajas médicas obedezcan a una concreta enfermedad, ya que no aparece reflejado el diagnóstico en los partes entregados a la empresa, ni tampoco se ha facilitado informe médico alguno que acredite que las ausencias se deban a una enfermedad grave. En caso de tener una enfermedad grave deberá acreditarlo en estos quince días de preaviso, de existir la misma el despido quedaría sin efecto. Las enfermedades graves son las reflejadas en el R.D. 1148/2011, de 29 de Julio”.*

3.- ¿Cómo se realizan los cálculos del absentismo en el plazo corto (ausencias laborales de las jornadas hábiles considerando los 2 meses en los cuales debe haber un 20% de faltas de asistencia)?

Veamos cuatro ejemplos:

Supuesto A. STS, 5-3-2019 (RCUD 2518/2017):

En la carta de extinción con efectos del 1-7-2016, se imputan como ausencias del 10 al 17 de marzo de 2016 y del 25 al 28 de abril de 2016, por baja por enfermedad, constituyendo el 25% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

Supuesto B. STS, 19-3-2018 (RCUD 10/2016):

El día 14/2/2014 la empresa notificó al trabajador demandante una carta de despido objetivo de la misma fecha, basándose en faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes, y concretamente de los días 18/11/2013 hasta el 2/12/2013 y del 3/1/2014 al 10/1/2014 que estuvo en situación de baja médica por contingencias comunes, y aplicando el periodo temporal del 18/11/2013 al 17/1/2014 debía trabajar un total de 43 días y faltó 18, lo que supone un 41,8 % de sus jornadas

Supuesto C. STSJ Madrid, 22-4-2016 (RS 167/2016):

En despido acaecido el 19-12-13, se tomó en consideración el periodo comprendido entre el 12-4-13 y el 12-6-13, en dos meses consecutivos, el número de jornadas de trabajo hábiles ascendió a 46, no habiendo prestado servicios el actor en dicho periodo durante 11 jornadas hábiles (23,91%), al haber permanecido de baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común del 12-4-13 al 16-4-13 (diagnóstico de "Gastroenteritis infec."), del 22-4-13 al 26-4-13 (diagnóstico de "IRA Infecc. respir. alta") y del 10-6-13 l 12-6-13, (con diagnóstico de "Gastroenteritis infec."), es decir, con carácter intermitente, entrecortado o discontinuo, superando las ausencias el 20% de las jornadas hábiles.

Supuesto D. SJS nº 3 Burgos, 5-8-2019 (autos 163/2019):

En despido con efectos del 25-1-2019, desde el 2-2-2018 hasta el 1-4-2018, ha faltado 9 días completos de los 39 días laborables, lo que supone un 23,07%, superando, por tanto, el umbral del 20% previsto legalmente.

4.- ¿Cómo se realizan los cálculos del absentismo en el plazo largo (en 12 meses, debe haber un 5% de faltas de asistencia)?

Cuatro ejemplos clarifican la respuesta:

Supuesto A. STS, 5-3-2019 (RCUD 2518/2017):

Y en los últimos doce meses desde la extinción (1-7-16), además de las ausencias del 10 al 17 de marzo de 2016 y del 25 al 28 de abril de 2016, por baja por enfermedad, que constituían el 25% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, también hay ausencias por enfermedad del 29 de septiembre al 2 de octubre de 2015, constituyendo el 6'64% de las jornadas hábiles.

Supuesto B. STS, 19-3-2018 (RCUD 10/2016):

En despido con efectos del 14/2/2014 y tomando como referencia el periodo del 18/1/2013 al 17/1/2014, teniendo en cuenta que debería haber trabajado 225 días, estas 18 jornadas representan un 8% del total.

Supuesto C. STSJ Madrid, 22-4-2016 (RS 167/2016):

Hay que computar el segundo tramo, alcanzando el 5% de las jornadas hábiles, dentro del año anterior a la fecha del despido que se produjo el 19-12-13, de manera que el periodo a computar no es, como afirma la iudex a quo, entre el 12-4-12 y el 12-4-13 (36 días hábiles que suponen el 13,09%), sino entre el 19-12-12 al 19-12-13, en el que las faltas de asistencia no superan el 5% de las jornadas hábiles, (11 días hábiles que suponen el 4%).

Supuesto D. SJS nº 3 Burgos, 5-8-2019 (autos 163/2019):

En despido con efectos del 25-1-2019, en el periodo comprendido entre el 26-1-2018 y el 25-1-2019, de 246 días laborables, el trabajador no ha acudido a su puesto de trabajo durante 24 días completos por

encontrarse en situación de IT, lo que supone un 9,75%, habiendo superado el umbral del 5% previsto legalmente.

5.- ¿Cómo se computan los cuatro meses discontinuos? ¿De fecha a fecha o por meses naturales?

Los cuatro meses (no menos) discontinuos han de computarse no por meses naturales, sino de fecha a fecha. Como se recoge en la STS, 4-2-2019 (RCUD 1113/2017): *“No sería válido apreciar el hecho de que las bajas se produjeran durante tres meses intermitentes, no cuatro, computados de fecha a fecha. El actor faltó al trabajo por estar en situación de IT los siguientes períodos: del 3 al 11 de febrero de 2015; del 21 al 22 de mayo de 2015; del 21 al 26 de octubre de 2015; del 28 de octubre al 6 de noviembre de 2015.”*

6.- ¿Pueden computarse los periodos de IT para el periodo corto de los 2 meses y asimismo también para el largo? ¿O se infringiría el principio non bis in ídem?

No se infringe principio alguno. Se pueden computar las mismas ausencias para los plazos corto y largo (STS, 19-3-2018; RCUD 10/2016).

7.- Las faltas ¿han de ser inmediatas a la decisión extintiva o dentro del año anterior?

Es el módulo de un año, a contar desde el despido hacia atrás, durante el que deberán haberse producido las circunstancias que el precepto regula. Los 12 meses de tiempo total a tener en cuenta es un tiempo único que ha de computarse desde el despido hacia atrás, para tomar dos de ellos consecutivos en los que se alcance el 20% de las ausencias, en un total de faltas al trabajo en ese mismo tiempo de doce meses, de al menos el 5% de las jornadas hábiles (STS 28-1-2019; RCUD 667/2017).

8.- ¿En qué línea se han venido pronunciando los Juzgados y Tribunales del orden social?

Interesa destacar que los Juzgados, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo han dado mayoritariamente la razón a las empresas en su apreciación sobre el despido objetivo basado en el absentismo laboral, aunque o en algunas ocasiones se ha revocado la procedencia de las extinciones, al estimarse la existencia de enfermedades graves o bajas inequívocamente conectadas con situación de discapacidad que no podían ser consideradas a estos efectos, o rectificando el modo en que se había efectuado el cómputo de las faltas al trabajo.

A modo de conclusiones. La reciente sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional ha refrendado la validez del despido objetivo por absentismo derivado de reiteradas bajas por enfermedad. Aunque sea la causa objetiva menos invocada por las empresas de las relatadas en el artículo 52 del ET, cuando se utiliza, demostrando la concurrencia de los parámetros para su puesta en escena, es la que menor litigiosidad ha presentado.

Para obtener el cálculo de porcentaje del índice de absentismo los módulos legales de referencia están representados por las jornadas hábiles en el periodo de 12 meses previos al despido objetivo y en los 2 meses consecutivos y 4 discontinuos considerados dentro de aquellos 12 meses. Y los 2 meses o los 4 meses han de computarse de fecha a fecha desde el día de inicio de la baja médica de cada mes elegido, no por meses naturales.

El cómputo del porcentaje del 5% anual se obtiene partiendo del: (i) total de jornadas hábiles según calendario laboral y (ii) de los días de ausencias justificadas al puesto de trabajo.

Puede leer la [sentencia completa](#) para mayor información.

Para más información, puede contactar con:

[Alfredo Aspra](#)

alfredo.aspra@AndersenTaxLegal.es

[José Antonio Sanfulgencio](#)

jose.sanfulgencio@AndersenTaxLegal.es