



Carlos Sedano
Asesor Laboral de CEHAT

Revuelo por la sentencia del Constitucional sobre el despido por ausencias intermitentes

El pasado 16 de octubre de 2019 se dio a conocer el fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional que abordaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, sobre el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores. La consideración del Tribunal de que dicho precepto se ajusta a la Constitución ha provocado un cierto alboroto mediático y el rechazo

del mundo sindical, que ya exige su derogación en la anunciada contrarreforma laboral. Sorprendente reacción para un precepto añejo -aparece en la redacción original del Estatuto de los Trabajadores del año 1980-, escasamente utilizado por su dificultad y complejidad técnica, y matizado en varias ocasiones -a favor de los intereses del trabajador- en las sucesivas reformas legislativas.

El -de repente- controvertido artículo disponía, en su redacción original de 1980, que el contrato podía extinguirse, por causas objetivas, y con derecho a una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, en caso de “faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el cinco por ciento en los mismos periodos de tiempo”. A continuación se establece que no se computan como faltas de asistencia las ausencias debidas a huelga legal, las debidas a la actividad de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni 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.

Lo cierto es que durante estos casi cuarenta años no ha sido un precepto excesivamente empleado, por tratarse de una regulación muy técnica, en la que los conceptos de jornadas hábiles, índice de absentismo, faltas intermitentes, y el cómputo de los plazos, necesitados de interpretación, ha disuadido el recurrir a esta forma de extinción de forma periódica o masiva, sino todo lo contrario.

Su contenido no se ha mantenido invariable a lo largo de los años sino que las sucesivas reformas legislativas han ido configurando una regulación que ha visto como se ampliaban los supuestos exceptuados -hoy en día no se tienen en cuenta las ausencias debidas a las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género-. Por su parte, la Ley 3/2012, de 6 de julio individualizó el absentismo en el trabajador concreto, eliminando la referencia al absentismo referido a toda la plantilla. Para atemperar las consecuencias negativas para el trabajador, estableció que no se computarían las ausencias que obedecieran a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

En el caso analizado por el Tribunal Constitucional la trabajadora había faltado de forma intermitente nueve días de los cuarenta hábiles en dos meses continuos,

lo que supondría ausencias del 22,50% de las jornadas hábiles del periodo. Además, sus ausencias en los doce meses anteriores alcanzaban el cinco por ciento de las jornadas hábiles.

La trabajadora interpuso demanda, solicitando que se declarase la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. Sostenía que el art. 52 d) ET vulneraba los arts. 14 y 15 de la Constitución Española, al conllevar una evidente amenaza o coacción hacia el trabajador enfermo, al disuadirle de permanecer en situación de incapacidad temporal por temor a ser despedido.

Planteó el Juzgado de instancia la cuestión de constitucionalidad al sostener la posible contradicción del precepto legal cuestionado con los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), valorando que la regulación legal del despido objetivo por absentismo podría condicionar el comportamiento de los trabajadores que,

ante el temor de perder su puesto de trabajo, pudieran orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto y asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso podría complicar la evolución de su enfermedad. Asimismo consideraba que el interés de combatir el absentismo laboral al que obedece el art. 52 d) ET, aunque tiene un funda-

mento constitucional -el derecho a la libertad de empresa y, mediatamente, el derecho a la propiedad privada-, puede protegerse de forma igualmente eficaz por otros medios.

Por lo tanto estimaba el juzgador que deberían tenerse en cuenta únicamente las ausencias injustificadas, que sí dependieran de la voluntad de los trabajadores; no en cambio las ausencias por enfermedad amparadas por baja médica expedida por los servicios médicos oficiales.

No obstante, el Tribunal Constitucional concluye que, para que pudiera apreciarse la vulneración del artículo 15

CE sería necesario que se produjera una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador, y que del art. 52 d) LET no cabe advertir que pueda dar lugar a ninguna actuación empresarial de la que derive ese riesgo o se produzca ese daño, puesto que se limita a autorizar el despido para el caso de que se supere un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado periodo de tiempo. No puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo que permite descartar que el art. 52 d) ET pueda reputarse contrario al art. 15 CE.

En suma, dice el Tribunal, el legislador pretende mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que dicho precepto no vulnera el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 CE reconoce, ni tampoco el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE).

La trabajadora había faltado de forma intermitente nueve días de los cuarenta hábiles en dos meses

