

LABORAL • Opinión

# El despido por faltas de asistencia: verdades y mentiras

ALFONSO SUÁREZ ARAOZ &amp; RUEDA 26 MAR. 2020 - 07:50



**El pasado 19 de febrero entró en vigor el Real Decreto-ley 4/2020 por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.**

El precepto en cuestión avalaba el despido por causas objetivas en caso de faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que superaran ciertos umbrales, 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, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

Esta derogación ha suscitado un debate alrededor de la figura del despido por absentismo, si bien debe aclararse que no se está prohibiendo el despido a trabajadores que se encuentren de baja médica, sino que únicamente se suprime una disposición que facilitaba el despido procedente por bajas justificadas con una indemnización de 20 días por año de servicio. En todo caso, cabe resaltar que el precepto contemplaba numerosas excepciones -entre otras, ausencias por huelga legal, actividades de representación legal de los trabajadores, accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, las que tuvieran su origen en una situación derivada de violencia de género o por motivo de un tratamiento médico por enfermedad grave-, y que esta modalidad de despido, además de las limitaciones para su aplicación en la práctica, ha sido utilizado muy pocas veces en su efímera existencia, como lo acreditan los datos estadísticos del propio Ministerio.

Si bien ha trascendido que esta causa de despido objetivo tenía su origen en la "Reforma Rajoy" (Real Decreto-ley 3/2012), lo cierto es que ya existía en nuestra legislación desde 1980 -Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores -, que requería, además de las faltas de asistencia del trabajador en los porcentajes establecidos, la existencia de un elevado nivel de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo (5%). Es más, la reforma laboral de 2010 - Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, llamada "Reforma Zapatero"-, la mantuvo, rebajando el porcentaje de absentismo general en la empresa.

Esta derogación del artículo 52 d) ET ha venido precedida de la controversia surgida a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre, que declaró su constitucionalidad en relación con los derechos a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución), al trabajo (artículo 35.1) y a la protección de la salud (artículo 43.1), en el supuesto de una trabajadora que había faltado nueve días al trabajo, de los cuales ocho de ellos estaban justificados por parte médico de incapacidad temporal, y había sido despedida en base a este precepto. El Tribunal determinó -con tres votos particulares- y apreció finalidad legítima del artículo - evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)-, aunque reconocía que limitaba el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo.

Cabe destacar que uno de estos votos particulares disiente de la mayoría, y apreciaba "discriminación indirecta por razón de sexo", al tratarse de una medida que perjudica a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres.

En esta línea, una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (274/2020, de 17 de enero), ha considerado que el despido por absentismo de una trabajadora es contrario a la normativa internacional, en concreto a la Carta Social Europea, al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo y a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, dando lugar a la declaración de improcedencia de este despido, amparándose en la superior jerarquía normativa de los tratados y acuerdos supranacionales, que recogen el "derecho a no ser despedido sin justa causa, el derecho a la prevención de los riesgos laborales y la prohibición de discriminación por razón de género".

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a propósito de la sentencia dictada en el asunto "Ruíz Conejero" (Sentencia C-270/16, de 18 de enero de 2018), señaló que el artículo 52 d) ET no se ajustaba a la Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El TJUE advertía así del carácter discriminatorio del precepto al no contar éste con el mencionado juicio de adecuación y proporcionalidad de la medida, pues deberían existir mecanismos encaminados a la evaluación de la situación de la persona trabajadora caso por caso.

Precisamente, estos pronunciamientos, al margen de "oportunidades políticas", están en el origen de la derogación del controvertido artículo. Así, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley menciona expresamente que el precepto no cuenta con mecanismos que consideren la adecuación y proporcionalidad de la extinción del contrato de trabajo mediante este tipo de despido.

Lo cierto es que el objetivo principal del repetido precepto era combatir el absentismo, sin embargo, la redacción del artículo en cuestión permitía el despido del trabajador de manera automática cuando se alcanzan los umbrales de absentismo establecidos, sin exigir un análisis de la proporcionalidad de la medida, lo que atentaba no sólo contra el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, sino también contra el derecho a la no discriminación por razón de sexo, pues esta medida es susceptible de afectar en mayor medida a las mujeres, al tener éstas una alta participación en las actividades de cuidado. Además, las personas con enfermedades de larga duración podían ser susceptibles de discriminación indirecta al contar con mayor cantidad de bajas intermitentes de corta duración debido a su patología de base.