

LA REFORMULACIÓN DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA NUEVA REGULACIÓN DEL ABSENTISMO LABORAL*

Ana M^a. Romero Burillo**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultat de Dret i Economia-Universitat de Lleida

SUMARIO: 1. Presentación del tema. 2. El régimen jurídico de la extinción del contrato por ausencias en el trabajo. 2.1. El elemento individual: las ausencias del trabajador. 2.2. El elemento cuantitativo: el cómputo de las faltas de asistencia. 2.3. El elemento colectivo: la relación de las ausencias del trabajador con el producido en la empresa. 2.4. Procedimiento formal y efectos. 3. Valoración final. 4. Bibliografía consultada.

1. Presentación del tema.

El absentismo laboral es un fenómeno del cual se derivan importantes efectos tanto a nivel humano, social, económico y, por su puesto de carácter organizativo en el marco de las empresas¹, por ello no es de extrañar el interés que desde siempre se ha mostrado por contar con los mecanismos adecuados capaces de erradicar o al menos reducir a la mínima expresión las ausencias de los trabajadores en la empresa. En este sentido, estudios realizados en esta materia nos indican que en el período 2003-2007 el

*Comunicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Programa 2010-2013) que lleva por título “Absentismo laboral: medición, impacto económico, causas sociales y psicológicas y régimen jurídico-laboral”. Referencia DER2010-21686-C02-02.

**Miembro del grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya “Análisis Social y Organizativa” (20095JR310).

¹ Tal y como señala ARIZA MONTES, J.A.: “Absentismo laboral en España: concepto, estadísticas y medidas de afrontamiento”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 66, 2005, pág. 203, las empresas que soportan niveles de absentismo por encima de lo normal manifiestan una serie de problemas de distintos órdenes: 1) En el humano, ya sea porque el trabajador es un enfermo crónico, o sufre constantemente accidentes laborales o extralaborales, o el trabajo significa poco para él que se siente impelido a no asistir; 2) en el orden social, debido a que la sociedad no ha arbitrado los medios apropiados para resolver con eficacia una serie de necesidades sociales que pueden darse, y de hecho se dan en la práctica, como son la de cuidar niños, parientes, etc.; 3) en el aspecto económico, tanto en lo que se refiere al propio trabajador, que verá en la mayoría de los casos una disminución de los ingresos; y 4) en el orden organizativo, ya que cuando faltan los empleados que habitualmente realizan una tarea concreta, suelen plantearse dificultades serias para organizar el trabajo.

absentismo laboral en España se había duplicado, pasando del 3% al 6%². Datos que obviamente deben matizarse teniendo en cuenta la coyuntura económica de crisis que vivimos actualmente, pero que en todo caso nos permiten poder concluir que el absentismo laboral es un problema importante en las empresas.

La importancia de la materia que nos ocupa también ha sido reconocida por los propios agentes sociales en diversos Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva recientes. En este sentido el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007³ el absentismo laboral da título a uno de los apartados del acuerdo y se apunta que “El absentismo injustificado conlleva una pérdida de productividad e incide de manera negativa en los costes laborales, perjudicando con ello la competitividad de las empresas y la posibilidad de mejorar los niveles de empleo y rento de los trabajadores”. Por ello se considera que “la reducción del absentismo injustificado en el ámbito sectorial o de empresa debe ser un objetivo compartido por la representación sindical y empresarial, dado que se proyecta sobre las condiciones de trabajo, el clima laboral, la productividad y la salud de los trabajadores” y los convenios colectivos deberían “identificar las causas de absentismo y sus efectos y cuantificar su dimensión, analizando la situación así como su evolución en el ámbito correspondiente; establecer criterios para la reducción, (...) definir mecanismos de seguimiento y de información a los representantes de los trabajadores y, en su caso, medidas correctoras y de control posibilitando llevar a cabo planes concretos a nivel de empresa de acuerdo con sus circunstancias y difundir la información sobre la situación existentes y las medidas adoptada”. Más recientemente, si bien de forma muy sucinta, en el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012 se menciona también la conveniencia de la realización de una negociación bipartita sobre materia como el absentismo⁴.

La trascendencia que tiene el absentismo laboral no ha pasado desapercibida para el legislador y con la finalidad de ofrecer mecanismos capaces de abordar con éxito el problema de las ausencias en el trabajo en estos momentos contamos con una regulación dispersa a lo largo del Estatuto de los Trabajadores que pretende resolver desde diferentes vertientes de la relación del trabajo el absentismo laboral.

Uno de los mecanismos previstos por el legislador es la regulación de la extinción por causas objetivas contenida en el art. 52.1 d) ET. La previsión normativa consiste en permitir al empresario extinguir el contrato de trabajo de quien, aun justificadamente, se ausenta de manera continua de su puesto de trabajo. Tal y como apunta la doctrina, la *ratio legis* del precepto es clara: la excesiva onerosidad que para el empresario supone mantener contratado a un trabajador cuyas constantes ausencias implican que no preste el servicio que de él se espera, provocando, además, un coste añadido para la empresa, bien por la necesidad de abonar a su cargo la prestación de IT en los supuestos de enfermedad desde los días 4º a 15º, bien por la

² Vid. El absentismo laboral se ha duplicado en España en los últimos cuatro años. Informe elaborado en el marco de la jornada “Control del Absentismo y la Rotación”, celebrada en Madrid el 11 de junio de 2008. www.adecco.es

³ Resolución de 9 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007. (BOE de 24 de febrero de 2007).

⁴ Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General del Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012. (BOE de 22 de febrero de 2010).

necesidad de soportar los costes de sustitución externa o interna y los derivados de la merma de productividad en todo caso⁵.

También la doctrina judicial se ha detenido a valorar la previsión de un supuesto de extinción del contrato de trabajo motivado en las ausencias del trabajador, la cual apunta que por medio del art. 52.1 d) ET no se trata de tipificar como causa de extinción la poca rentabilidad que para una empresa tiene un trabajador que falta mucho tiempo al trabajo, ya que de ser así no se excluirían ausencias de ningún tipo (o, cuando menos, un abanico tan amplio como el establecido en el párrafo 2º del art. 52.1 d) ET) ni se exigiría que fueran intermitentes y, por supuesto, tampoco se vincularía al nivel de absentismo de la plantilla del centro. No radica ahí la razón de ser de la norma o, mejor dicho, ese trastorno no se considera suficiente como para sacrificar el interés del trabajador por mantener el contrato. De esta forma se apunta que la finalidad es otra: es una norma destinada a combatir el absentismo en las empresas, otorgando al empresario esa facultad extintiva cuando los niveles globales que soporta son altos, en la medida en que ello acarrea una disfunción importante, no sólo por el coste directo de la ausencia (o de su sustitución) sino el indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas, permitiéndole la extinción de contratos de trabajo, pero no de cualquier trabajador sino sólo de aquellos que son partícipes activos en esa situación. Se explica, así, que se exijan determinados niveles de absentismo a nivel de centro, como también que las ausencias del trabajador afectado deban ser intermitentes, que se excluyan de cómputo un determinado tipo de ausencias e, incluso, la misma selección de éstas⁶.

A pesar de que los motivos que vienen a fundamentar la existencia de una causa extintiva del contrato de trabajo pueden considerarse ciertamente razonables, lo cierto es que la falta de asistencia justificada del trabajador constituye, sin lugar a dudas, la causa extintiva objetiva más polémica. Efectivamente, ya desde su instauración como motivo de despido en la LDRLT se erigió en uno de los caballos de batalla de la contestación doctrinal, discusión que se continuó, encendidamente además, en el debate parlamentario que se propició por la recepción de esta circunstancia en el ET de 1980⁷. A polemizar dicha causa contribuyen en buena medida, los perfiles normativos de los que se rodea y las relaciones con otras figuras jurídicas que toman como base su razón de funcionamiento el dato cierto de la ausencia al trabajo⁸, así como la complejidad en la aplicación de los numerosos criterios que se han de tener en cuenta simultáneamente a la hora de poner en marcha la causa extintiva⁹.

Dada la trascendencia de los importantes efectos que se derivan del absentismo laboral, que ya se han puesto de relieve en este apartado así como la insatisfacción manifestada por la doctrina por el modo de regularse en el art. 52.1 d) ET, no puede

⁵ BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010” en ALFONSO MELLADO, C.L; BLASCO PELLICER, A.; CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M.: *La Reforma Laboral en la Ley 35/2010*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pág. 92.

⁶ Vid. por todas STSJ País Vasco de 19 de diciembre de 2003. (RJ 2552/2003).

⁷ Un estudio del desarrollo de los debates parlamentarios referidos a la introducción del art. 52.1 d) ET se encuentran en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y Absentismo*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 195 y ss.

⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 189.

⁹ Opinión mantenida, entre otros, por ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Cómo se computan en el despido del trabajador por absentismo, los dos meses consecutivos a los que se refiere la norma?”. *Aranzadi Social*, núm. 10/2005 pág. 1640; BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción...”, op. cit. pág. 93 y LUJÁN ALCARAZ, J.: “Absentismo”. *Aranzadi Social*, núm. 7-8/2008, pág. 7.

extrañarnos que el Gobierno tuviera en su agenda la reforma de dicho precepto, encontrando una buena oportunidad para ello en la reforma laboral acometida en el año 2010, primero por medio del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio y, posteriormente la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

La presente comunicación tiene como objetivo analizar los cambios operados en el art. 52.1 d) ET con motivo de la Reforma Laboral de 2010 y, en concreto nos detendremos en la nueva formulación de la causa que da lugar a la extinción por causas objetivas, sin olvidar no obstante, otras modificaciones que le son de aplicación al precepto al afectar al régimen general de la extinción por causas objetivas.

2. El régimen jurídico de la extinción del contrato por ausencias del trabajador.

2.1. El elemento individual: las ausencias del trabajador.

La actual redacción del art. 52.1 d) ET, fruto de la reforma operada por la Disposición adicional vigésima de la Ley 35/2010 establece que será causa de extinción del contrato “las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5% en los mismos períodos”, indicando a continuación una serie de ausencias que de producirse no podrán computarse a efectos del cumplimiento de los porcentajes que prevé el precepto.

Como puede observarse, un primer elemento a tener en cuenta a la hora de poder realizar la extinción del contrato de trabajo es la concurrencia de una serie de ausencias en el trabajo que sean imputables al trabajador. Se considera, por tanto, justificado que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo a un trabajador como consecuencia de la excesiva onerosidad sobrevenida que le supone a éste contar en su plantilla con un trabajador que, intermitentemente pero de forma reiterada, deja de acudir al trabajo¹⁰.

La redacción de la causa justificativa de la extinción del contrato de trabajo da lugar a varias dudas interpretativas en relación al alcance de la expresión “faltas de asistencia en el trabajo, aún justificadas”, concretamente se plantea, por un lado, si las faltas de asistencia hacen referencia tanto a ausencias totales en el trabajo o si también es posible incluir dentro de este término las faltas de puntualidad al trabajo; y, por otro lado, si la expresión “aún justificadas” debe interpretarse en el sentido de que la causa extintiva se refiere únicamente a las ausencias que son justificadas o si por el contrario se incluyen todo tipo de ausencias, las justificadas y las injustificadas.

En relación a la primera cuestión planteada la opinión generalizada, que no unánime de la doctrina es limitar la causa extintiva a las ausencias que alcanzan a toda la jornada de trabajo excluyéndose, de esta manera, las faltas de puntualidad¹¹, sean

¹⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 201.

¹¹ Vid., entre otros, ALZAGA RUIZ, I.: “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas” en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.): *El despido: Aspectos*

integradas éstas 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 dur¹²ante ella¹³. No obstante, existe jurisprudencia y diversos pronunciamientos judiciales que, sin embargo, ha admitido el módulo horario y no diario, incluyendo por tanto las faltas de puntualidad como causa extintiva del contrato de trabajo del art. 52.1 d) ET¹⁴.

Dos son los argumentos que presenta la doctrina para justificar una interpretación restrictiva del término “ausencias”. Una primera se fundamenta en la propia literalidad del precepto, en este sentido, entendemos que si el legislador hubiera querido hacer de este motivo de despido una modalidad menor del despido disciplinario por impuntualidad al trabajo (art. 54.2 a) ET) hubiese contemplado expresamente esta circunstancia en el dictado de la norma. La segunda está ligada a los perjuicios que se derivan para el trabajador de la aplicación del art. 52.1 d) ET, toda vez que si bien es cierto que el despido objetivo no constituye una sanción a la persona del trabajador, es innegable que tal medida de extinción ocasiona al prestador de servicios un quebranto, por lo que es razonable entender que siendo ésta una medida desfavorable para el trabajador, la interpretación del precepto no puede ser diferente de la que se predica en otros preceptos del ET, en los que se reflejan limitaciones de derechos o exclusiones, todo ello en base al principio pro operario¹⁵.

Por lo que se refiere al carácter justificado o no de las ausencias que se incluyen dentro de la causa extintiva del art. 52.1 d) ET, la duda se plantea ante el modo en queda redactado el precepto y concretamente a la expresión “aún justificadas”. Dicha expresión sugiere dos posibles interpretaciones, una primera consiste en considerar que las ausencias al trabajo, a pesar de que sean justificadas, también se prevén como motivo de extinción del contrato de trabajo, si bien, no con carácter disciplinario y, la segunda interpretación sería aquella que establece que todo tipo de ausencias en el trabajo, incluso las justificadas puede dar lugar a la extinción del contrato por causas objetivas.

La solución en este tema tampoco es clara. En todo caso existe acuerdo tanto a nivel doctrinal en considerar que no existe identidad entre la causa del art. 52 y 54, ya que si bien en ambos preceptos la inasistencia del trabajador comporta el incumplimiento del deber principal que tiene de ponerse a disposición del empresario al que se obliga por el carácter sinalagmático de la relación laboral, la justificación que se alega para una y otra inasistencia es bien diferente, en la medida en que la conducta

Sustantivos y Procesales. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Pamplona), 2004, pág. 348; ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 212; ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo”. *Aranzadi Social*, núm. 2/2006, pág. 5; y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 1983, pág. 169. A favor de una interpretación inclusiva de las faltas de puntualidad se manifiesta BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*. Ed. MTSS. Madrid, 1995, pág. 318.

¹² Vid. por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...*, op. cit. pág. 169.

¹³ En este sentido la STS de 14 de abril de 1983 (RJ 1838/1983) señala que “(...) la impuntualidad, tanto quiere decir llegar tarde a la empresa como ausentarse de la misma dentro de la jornada sin justificación (...)”.

¹⁴ Así nos lo recuerdan PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo. Tratamiento jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pág. 25, haciendo mención entre otras la STS de 12 de febrero de 1990 y la STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 1992.

¹⁵ ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *Despido objetivo...*, op. cit. pág. 5.

sancionada disciplinariamente requiere la concurrencia de una voluntad explícita y pertinaz del trabajador en dejar de acudir al trabajo sin justificación alguna que disculpe su comportamiento¹⁶, mientras que en la causa objetiva la inasistencia encuentra una fuente de justificación, o al menos, una justificación que tiene visos de ser verosímil¹⁷. Ahora bien, a partir de esta consideración previa, la doctrina no excluye la inclusión en el art. 52.1 d) ET de las ausencias no justificadas¹⁸, así como también la posibilidad de acumular ausencias justificadas e injustificadas para alcanzar el mínimo cuantitativo que exige la norma¹⁹.

Esta conclusión debe completarse con la enumeración que realiza el art. 52.1 d) ET de un conjunto de situaciones, que de producirse, no se podrán tener en cuenta a la hora de alegar la extinción por causas objetivas. Se trata de una serie de ausencias que están ligadas a los siguientes criterios: a) ejercicio de derechos colectivos –ejercicio del derecho de huelga legal y actividades de representación legal de los trabajadores; b) circunstancias ligadas a la salud -accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral de duración superior a 20 días²⁰, enfermedades causadas por maternidad, parto y lactancia y riesgo durante el embarazo y lactancia-; c) medidas de conciliación de la vida laboral y personal –maternidad y paternidad-; d) permisos y descansos –licencias y vacaciones- y, d) medidas protectoras a favor de las víctimas de violencia de género –ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivadas de violencia de género-.

Como puede observarse, se trata de una larga enumeración de causas, que sin embargo no está exenta de plantear alguna duda y crítica, ya que el modo en que se realiza la enumeración no deja claro si estamos ante una lista cerrada o bien ejemplificativa. Sin duda el matiz es importante y según la respuesta que se dé se derivan una serie de consideraciones críticas al respecto. En este sentido, un sector doctrinal²¹ aboga por considerar que estamos ante una lista ejemplificativa y, que por lo tanto, en ella cabrán otras muchas ausencias que sean justificadas previamente por el trabajador, otro sector doctrinal, sin embargo, mantiene el carácter de lista cerrada²², en base al tenor literal del precepto comentado, además de indicar que de no ser así no tendría justificación las continuas modificaciones del precepto cada vez que se aprueba una norma que incluye la regulación de alguna situación suspensiva susceptible de afectar a la interpretación de las ausencias del art. 52.1 d) como sucedió con la reforma del año 1999, del año 2004 y más recientemente la del año 2007, ésta última justamente

¹⁶ Vid. por todos, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 1997, pág. 245.

¹⁷ Vid. por todos, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 206.

¹⁸ Vid. en este sentido ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 205; GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “Despidos objetivos” en CAVAS MARTÍNEZ, F.; LUJÁN ALCARAZ, J. (Coords.): *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*. Ed. Laborum. Murcia, 2010, pág. 197; NORES TORRES, L.E.: “El absentismo” en ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E.: *El Despido Objetivo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, pág. 44 y PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo...*, op. cit. pág. 24. En sentido contrario ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *Despido objetivo...*, op. cit. págs. 5 y 6.

¹⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 212 y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...*, op. cit. pág. 175.

²⁰ BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción...”, op. cit. pág. 94, aboga por la ampliación del plazo máximo de 20 días dada la “procedimentalización de las bajas médicas”.

²¹ Vid., entre otros SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, pág. 36.

²² ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *Despido objetivo...*, op. cit. pág. 8.

ha llevado a que la Reforma del 2010 haya introducido el riesgo durante la lactancia como una nueva ausencia excluida del cómputo del art. 52.1 d) ET.

De tratarse de una lista cerrada se plantean dudas sobre los motivos que ha llevado al legislador a no incluir otras ausencias que guardan cierta o total identidad con los que sí aparecen recogidos expresamente en el precepto estudiado, como sucede en el supuesto de enfermedad profesional y los tiempos de observación de la misma, el accidente o enfermedad que requiere hospitalización, el cierre patronal, supuestos de fuerza mayor o los casos de adopción o acogimiento²³.

En cualquier caso, estas ausencias han de ser además “intermitentes”. Con este calificativo el legislador y siguiendo la definición literal se refiere a “las ausencias que se interrumpen o cesen y prosigan o se repitan”²⁴, por tanto, aquellas que no son consecutivas²⁵.

A partir de esta conceptualización la jurisprudencia realiza una interpretación conjunta de las ausencias que tenga su base en un mismo proceso patológico, debiéndose computar en esos casos como una única ausencia²⁶. Esta solución que nos ofrece la doctrina judicial tiene su fundamento en el problema planteado respecto a la interpretación que debía realizarse de la exclusión como ausencia computable las bajas superiores a 20 días de aquellas bajas que en base al mismo proceso patológico, se suceden en el tiempo que aisladamente no superan los 20 días pero que en su cómputo conjunto sí. Debe apuntarse que la solución que nos ofrece la doctrina judicial actualmente no ha sido siempre ésta, ya que la doctrina de suplicación se mostraba dividida y, por un lado, existía una línea aplicativa tendente a considerar estas bajas por separado, de manera que las mismas se deberían integrar en el cálculo del absentismo, ya que tenían una duración inferior a veinte días²⁷; por otro lado, existía una segunda orientación que apostaba por la consideración conjunta de estas bajas, pues derivaban de una misma causa, lo que conducía a no tenerlas en cuenta para calcular el absentismo, ya que en su conjunto superaban los veinte días²⁸.

El estudio realizado del elemento individual de la causa regulada por el art. 52.1 d) ET se desprende fácilmente la conclusión de que se trata de un elemento poco delimitado y que en, consecuencia, da lugar a cierta confusión aplicativa, por ello sorprende que en este aspecto la Reforma laboral del 2010 se haya limitado a incluir como nueva ausencia no computable a efectos de la causa extintiva la correspondiente al riesgo durante la lactancia. Entendemos que, con independencia de la función que pueda realizar la jurisprudencia a la hora de acotar el alcance de este elemento individual, que como se ha podido comprobar da lugar a interesantes debates doctrinales

²³ Vid., en este sentido, GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “Despido...”, op. cit. pág. 198 y PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo...*, op. cit. págs. 198 y 199.

²⁴ Ibid. pág. 6.

²⁵ SALA FRANCO, T. : *El régimen jurídico...*, op. cit. pág. 20.

²⁶ Vid., por ejemplo, SSTS de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006\8104), de 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007\7877) y de 27 de noviembre de 2008 (RJ 2009\386).

²⁷ Vid., por ejemplo, STSJ Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2005 (RJ 2824/2004) y STSJ Madrid de 24 de mayo de 2004 (RJ 1205/2004).

²⁸ Vid., por ejemplo, STSJ Cataluña de 24 de mayo de 2002 (RJ 6422/2002) y STSJ Navarra de 28 de julio de 2004 (RJ 239/2004).

se ha perdido una oportunidad inmejorable para dotar de mayor claridad a este elemento.

2.2. El elemento cuantitativo: el cómputo de las faltas de asistencia.

Un segundo elemento exigido por la normativa para poder aplicar la causa extintiva por causas objetivas del art. 52.1 d) ET es que las ausencias imputables al trabajador alcancen como mínimo el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

Esta referencia temporal y cuantitativa no ha sido objeto de modificación por parte de la reforma laboral del 2010, a pesar de que también en este elemento confluyen problemas interpretativos que ha puesto de relieve la doctrina.

En este sentido, una primera cuestión que se plantea es la referida a si en el cómputo de las ausencias imputables al trabajador pueden incluirse las ausencias que previamente han sido tenidas en cuenta para aplicar una sanción al trabajador, así como las ausencias que han prescrito a efectos justamente de dicha sanción. Por lo que hace referencia al cómputo de ausencias sancionadas disciplinariamente cabría argumentar en contra de su cómputo el principio “non bis in idem”. Sin embargo, tal y como apunta la doctrina el art. 52.1 d) ET no prevé una sanción propiamente dicha, que permitiría cuestionar la posibilidad de sancionar dos veces al trabajador por la misma conducta, aunque este argumento se puede rebatir ya que cabe recordar que nada impide sancionar como falta grave la acumulación de varias leves, supuesto que guarda una gran similitud con la situación que plantea el precepto estudiado²⁹. En cuanto a la posibilidad de computar faltas prescritas la doctrina no mantiene una postura unánime, existiendo opiniones a favor de su cómputo, ya que se considera que no estamos aplicando una sanción³⁰, como en contra, al considerar que a esta causa deben exportarse las mismas reglas extintivas que para el art. 52.1 a) ET, causa también prevista como motivo de extinción por causas objetivas y a la que la doctrina no es de aplicación la acumulación de faltas ya prescritas³¹. En este punto, aunque puedan existir fundamentos jurídicos sólidos para defender el cómputo de las ausencias prescritas, desde nuestro punto de vista no parece razonable que el trabajador sólo pueda verse beneficiado de la prescripción cuando estamos antes una acción sancionadora del empresario y no en otro tipo de acción extintiva unilateral del empresario que además no tiene una finalidad disciplinaria.

Otra cuestión interpretativa se plantea en el cómputo de las faltas de asistencia al trabajo es si el margen temporal que prevé el legislador de dos meses consecutivos o cuatro discontinuos en el arco temporal de referencia de un año implica que las ausencias deben producirse en cada uno de los meses o si por el contrario han de ser

²⁹ Vid., por todos ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 217 y SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico...*, op. cit. pág. 19.

³⁰ SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico...*, op. cit. pág. 19.

³¹ Argumentación defendida por ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. 218, en base a los fundamentos jurídicos planteado por SELLAS BENVINGUT, R.: “La extinción del contrato de trabajo (III)” en GARCÍA NINET, I. (Dir.) y VICENTE PALACIO, A. (Coord.): *Derecho del Trabajo*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2001, pág. 699.

computados en términos globales. Esta cuestión ha sido resuelta por el TS en unificación de doctrina por medio de la STS de 5 de octubre de 2005³², al señalar que ha de ser el cómputo global el criterio de cómputo en el art. 52.1 d) ET.

Por último otra cuestión que se ha planteado a la hora de aplicar el elemento cuantitativo estudiado es en relación al alcance del término “jornadas hábiles” y la posibilidad de excluir algunos períodos/meses del año de la referencia temporal que exige la norma. La respuesta que a nuestro parecer debe darse a esta cuestión es la de entender comprendidos únicamente los días efectivos de trabajo, lo cual hace irrelevante la necesidad de plantear la exclusión de algún período del año para el cómputo de las ausencias³³. Asimismo, debe tenerse en cuenta que las jornadas hábiles a tomar en consideración son, en principio, las correspondientes a la empresa y, más exactamente, las del trabajador³⁴.

2.3. El elemento colectivo: la relación de las ausencias del trabajador con el producido en la empresa.

El tercer elemento que se exige por el art. 52.1 d) para extinguir el contrato de trabajo es la concurrencia de un mínimo porcentaje de absentismo laboral a nivel de empresa. Con anterioridad a la Reforma Laboral de 2010, el porcentaje mínimo requerido era del 5% del total de la plantilla del centro de trabajo, este mínimo se ha visto modificado a la baja tras la Reforma Laboral quedando en un 2,5%, si bien este porcentaje se propuso eliminar a partir de una enmienda presentada por el grupo parlamentario del PNV, sin embargo la propuesta fue finalmente rechazada.

La exigencia de un determinado nivel de absentismo en la empresa para poder aplicar la extinción del contrato pro causas objetivas a un trabajador, otro de los temas que ha suscitado tradicionalmente una importante polémica tanto desde un punto de vista de política empresarial como a nivel interpretativo de los mínimos exigidos por la norma.

A nivel de política empresarial se ha debatido ampliamente la conveniencia de que la extinción del art. 52.1 d) ET deba hacerse depender de un nivel colectivo de absentismo en un mismo período de tiempo, y que en consecuencia unos altos niveles de absentismo laboral individual puedan quedar amortiguado por los bajos niveles a nivel colectivo, por ello se critica por un sector doctrinal el mantenimiento de tales referentes colectivos y que la Reforma Laboral de 2010 no haya podido eliminar el porcentaje de la plantilla, ahora del 2,5% y, de esa manera permitir que cada trabajador asuma las consecuencias de su falta de asistencia y que éstas se conviertan en una cuestión que atañe al propio trabajador y a su productividad; impidiendo que el actual

³² RJ 2005\7790.

³³ Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. págs. 219 y ss.

³⁴ Así se precisa por los tribunales. Vid., por ejemplo STSJ Aragón de 3 de mayo de 2005 (RJ 320/2005) que señala que “(...) Respecto a (...) si las jornadas hábiles a que se refiere el precepto son las de la empresa o las que, dentro de ellas, corresponden al trabajador, esta causa de extinción del contrato se basa en las faltas de asistencia al trabajo; es claro que sólo puede haber faltas de asistencia durante las jornadas que son hábiles para el trabajador, esto es, aquellas en las que el trabajador debe asistir al trabajo, sean o no jornadas hábiles para el resto de la plantilla (...)”.

referente de absentismo colectivo enmascare conductas individuales³⁵ y en consecuencia producir efectos perversos³⁶.

El mantenimiento de esta exigencia comporta el mantenimiento de las dudas interpretativas que con anterioridad a la Reforma Laboral de 2010 suscitaba el requisito del 5% de absentismo de la plantilla del centro, ahora del 2,5%.

A este respecto se plantean las siguientes dudas: por un lado, qué trabajadores deben computarse, por otro lado, las ausencias del resto de la plantilla a tener en cuenta y, finalmente, si las ausencias del trabajador individual han de ser computadas también a efectos del cómputo total de la plantilla.

En relación a la primera cuestión, de forma unánime se considera que en el cómputo han de quedar incluidas todas aquellas personas que presten sus servicios para el empresario y no únicamente aquellos que cuentan con un vínculo contractual de carácter indefinido³⁷, además de tratarse sólo los trabajadores del centro en donde preste sus servicios el trabajador afectado por la causa extintiva³⁸.

Sobre las ausencias de la plantilla computables a efectos del cumplimiento del porcentaje mínimo del 2,5%, hasta muy recientemente la doctrina judicial no mantenía un criterio unánime si bien existía una postura mayoritaria que defendía el cómputo de cualquier ausencia y, por tanto, sin aplicar las exclusiones previstas para el cómputo del absentismo del trabajador individual, frente a una minoritaria que consideraba que no podían computarse las faltas de asistencias previstas en el párrafo 2º del art. 52.1 d) ET. La STS de 23 de enero de 2007³⁹ ha solventado la discusión, si bien ha optado por la solución que hasta ese momento se defendía de forma minoritaria por los tribunales, al considerar que aunque las faltas de asistencia que se predicen a nivel individual para el trabajador no responden al mismo concepto que el índice de absentismo de la plantilla, guardan entre sí “una indiscutible proximidad y paralelismo”, pues se asientan sobre una misma base “las ausencias del trabajo”. Por lo que en lógica, el mandato del párrafo 2º del art. 52.1 d) ET, relativo a las ausencias que no deben computarse, hace referencia tanto a las del trabajador individual afectado, como a las de la plantilla⁴⁰.

Por último, también se suscitan dudas interpretativas respecto a si las ausencias individuales del trabajador afectado por la medida extintiva deben ser tenidas también en cuenta a la hora de calcular el índice de absentismo en la empresa. En este punto un sector de la doctrina considera razonable la inclusión de las ausencias del trabajador, en la medida en que si se respondiese negativamente podría abocarse al absurdo de negar la

³⁵ GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “Despido...”, op. cit. pág. 197.

³⁶ BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción...”, op. cit. pág. 93.

³⁷ GONZALEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...*, op. cit. pág. 213 considera que “(...) (reservar) para el cálculo del índice de absentismo sólo las ausencias de los trabajadores fijos, carecería de sentido si lo que la norma pretende es establecer como dato comparativo el nivel medio de ausencias en las que, obviamente, pueden incurrir todo tipo de trabajadores con independencia del grado de fijeza o eventualidad en el empleo”. En un mismo sentido se manifiesta ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 227 y ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “Despido objetivo...”, op. cit. pág. 13.

³⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. págs. 227 y ss.

³⁹ RJ 2005\4465.

⁴⁰ Un comentario crítico a la postura mantenida por el TS en la Sentencia de 23 de enero de 2007 se encuentra en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “El índice de absentismo de la plantilla como parámetro de referencia para la resolución del contrato por faltas de asistencia ex art. 52.1 d) ET”. *Aranzadi social*, núm. 18/2007.

aplicación de la causa extintiva en empresas que cuentan con un solo trabajador, además de provocar la paradoja perversa de que, en caso contrario, las ausencias de un trabajador concreto perjudican a los demás, pero no a él mismo⁴¹.

2.4. Procedimiento formal y efectos.

Al igual que el resto de supuestos previstos en el art. 52 ET que motivan una extinción por causas objetivas, las modificaciones introducidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en el procedimiento formal y efectos de este tipo de extinción del contrato son también predicables a la causa que es objeto de análisis en este trabajo y, por ello, aunque no es el motivo principal de estudio, resulta interesante abordar y valorar los cambios realizados en la norma.

Las modificaciones introducidas por la Reforma Laboral de 2010 son dos, por un lado se modifica el plazo de preaviso de comunicación de la extinción del contrato que debe realizar el empresario al trabajador previsto en el art. 53 ET, pasando de ser 30 días a 15 días. Esta reducción del plazo de preaviso se ha interpretado como una medida para acelerar la salida del trabajador cuando es necesaria y disminuir los costes empresariales en supuestos de incumplimiento total o parcial del plazo⁴². También se puede apuntar que esta reducción también da un menor margen de reacción para el trabajador que se ve obligado a buscar un nuevo trabajo, ya que si bien se mantiene la concesión de 6 horas semanales de permiso para la búsqueda de nuevo empleo, al reducir el tiempo de la comunicación también son menos las semanas con las que el trabajador contará para realizar esa búsqueda de empleo.

La segunda modificación afecta a los efectos de la extinción. Hasta la Reforma Laboral de 2010 el ET preveía que cuando un empresario no hubiese cumplido los requisitos formales establecidos en el art. 53.1 ET la decisión extintiva sería nula. Esta previsión contrastaba con la previsión de la falta de forma en los despidos disciplinarios, en los que en tales supuestos el legislador declaraba su improcedencia, dando lugar a la opción entre readmisión del trabajador o pago de la correspondiente indemnización de 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades.

Esta paradoja ha sido puesta de relieve por la doctrina señalando que en el ámbito de los despidos disciplinarios se amplía la zona en el que el despido es libre para la empresa abonando la correspondiente indemnización, mientras que en los despidos objetivos sucedía lo contrario puesto que las posibilidades de despedir, aunque sea a mayor cose, se veían reducidas. Por ello se ha calificado a la declaración de la nulidad del art. 52 ET por defectos de forma de excesivamente rígida y de falta de fundamento y se ha valorado como conveniente el cambio operado en este punto⁴³.

⁴¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo...*, op. cit. pág. 229.

⁴² Vid., BLASCO PELLICER, A.: "La reforma de la extinción...", op. cit. pág. 81 y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: "Despido...", op. cit. pág. 199.

⁴³ Opinión defendida por BLASCO PELLICER, A.: "La reforma de la extinción...", op. cit. pág. 82.

A este respecto el nuevo art. 53.4 eT incluye en sus dos últimos párrafos las siguientes previsiones: a) se establece que la decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa que fundamentó la extinción o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del art. 53; y b) no obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.

La redacción dada a las causas que motivan la improcedencia del despido merecen ser valoradas por la trascendencia de las mismas, ya que el legislador no se limita a señalar que donde antes teníamos un despido nulo por falta de forma, se procede a calificarlo como improcedente, sino que realiza, a nuestro parecer, una reformulación de dicha calificación, ya que no todos los requisitos formales dan lugar a la improcedencia.

En este sentido resulta relevante que no se considere defecto de forma determinado modo de poner a disposición del trabajador la correspondiente indemnización, ya que se señala que cuando se produzca un error “excusable” en el cálculo de la misma, tal defecto no comportará la improcedencia de la extinción. Como se apunta acertadamente por la doctrina la línea de separación entre lo que constituye un error excusable y uno que no lo es resulta un tanto difusa⁴⁴, por lo que en este punto resulta imprescindible el concurso de la doctrina judicial que tiene la facultad de acotar dicho ámbito.

3. Valoración final.

De acuerdo con el estudio realizado del art. 52.1 d) ET se ha podido constatar los múltiples aspectos interpretables que nos ofrece el precepto a la hora de su aplicación y que alcanzan a todos y cada uno de los elementos que conforma esta causa extintiva.

Por un lado, y con respecto a las ausencias imputables al trabajador, las dudas interpretativas inciden tanto al cómputo diario u horario de las mismas, al grado de intermitencia que deben tener, su carácter justificable o no, así como la justificación de las ausencias que legalmente se excluyen del cómputo de dichas ausencias.

Por lo que se refiere al nivel mínimo de absentismo que debe concurrir en un trabajador, también resulta problemática la aplicación del arco temporal que establece el art. 52.1 d), dando lugar a diversas soluciones, que además han sido defendidas todas ellas por los tribunales de justicia.

Finalmente en el marco de la concreción del nivel de absentismo de la empresa, la redacción tan genérica que nos ofrece el precepto da pie a plantear el cómputo o no de las ausencias del trabajador individual en el nivel de absentismo de la empresa o si

⁴⁴ BLASCO PELLICER, A. : “La reforma de la extinción...”, op. cit. pág. 84.

deben tenerse en cuenta o no las mismas exenciones de cómputo de ausencias que tiene el trabajador respecto a al resto de trabajadores.

Todas estas cuestiones justifican a nuestro parecer la modificación del precepto, al menos respecto a aquellas dudas interpretativas que ya han sido solventadas a nivel judicial, por medio de la correspondiente unificación de doctrina. No ha sido, sin embargo, esta la opción tomada por el legislador que se ha limitado a incorporar una nueva situación de ausencia del trabajador prevista por la Ley 4/2007 y una reducción en las tasas del absentismo en la empresa, pasando del 5% al 2,5%.

Desde nuestro punto de vista se ha perdido una oportunidad para reformular el absentismo laboral como causa extintiva del art. 52 ET y dotar de una mayor seguridad jurídica en la aplicación de este precepto tanto a la parte trabajadora como empresarial. Tal vez la urgencia que siempre se ha predicado de esta Reforma Laboral ha impedido abordar esta cuestión, ya que ciertamente la reforma del art. 52.1 d) ET requiere de un análisis en profundidad del precepto que requiere como primer estadio acotar la finalidad que tiene esta causa extintiva, sólo a partir de este punto puede articularse la extinción del contrato por ausencias del trabajador con coherencia. Será en ese momento cuando realmente nos podamos plantear la necesidad de contar con una lista de excepciones en el cómputo de las ausencias o el mantenimiento de un nivel colectivo mínimo de absentismo en la empresa.

4. Bibliografía consultada.

AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 1997.

ALZAGA RUIZ, I.: “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas” en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.): *El despido: Aspectos Sustantivos y Procesales*. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Pamplona), 2004.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y Absentismo*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005

- “Cómo se computan en el despido del trabajador por absentismo, los dos meses consecutivos a los que se refiere la norma?”. *Aranzadi Social*, núm. 10/2005 pág. 1640

ARIZA MONTES, J.A.: “Absentismo laboral en España: concepto, estadísticas y medidas de afrontamiento”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 66, 2005.

ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo”. *Aranzadi Social*, núm. 2/2006.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “El índice de absentismo de la plantilla como parámetro de referencia para la resolución del contrato por faltas de asistencia ex art. 52.1 d) ET”. *Aranzadi social*, núm. 18/2007.

BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010” en ALFONSO MELLADO, C.L.; BLASCO PELLICER, A.; CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M.: *La Reforma Laboral en la Ley 35/2010*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*. Ed. MTSS. Madrid, 1995.

GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “Despidos objetivos” en CAVAS MARTÍNEZ, F.; LUJÁN ALCARAZ, J. (Coords.): *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*. Ed. Laborum. Murcia, 2010.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 1983.

LUJÁN ALCARAZ, J.: “Absentismo”. *Aranzadi Social*, núm. 7-8/2008.

NORES TORRES, L.E.: “El absentismo” en ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E.: *El Despido Objetivo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo. Tratamiento jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

SELLAS BENVINGUT, R.: “La extinción del contrato de trabajo (III)” en GARCÍA NINET, I. (Dir.) y VICENTE PALACIO, A. (Coord.): *Derecho del Trabajo*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2001.