

**Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 118/2019,**  
**de 16 de octubre de 2019**  
**[BOE n.º 279, 20-XI-2019]**

**DE LA RECIENTE DOCTRINA CONSTITUCIONAL QUE AVALA EL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO A LA POSIBLE MODIFICACIÓN O DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 52 D) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

## **1. UNAS BREVES NOTAS SOBRE EL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO LABORAL DEL ART. 52 D) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

El cuestionado art. 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<sup>1</sup> —en lo sucesivo, ET— hace una mención expresa a las «faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes», siempre que alcancen determinados porcentajes. Como se puede observar, el texto estatutario se refiere únicamente a las «faltas de asistencia al trabajo» y no hace ninguna alusión a las ausencias parciales de la jornada o a los defectos de puntualidad. De este modo, una interpretación literal de la norma nos lleva a pensar que el legislador habría pretendido que las faltas de asistencia al trabajo computables a los efectos del despido objetivo por absentismo laboral sean, únicamente, las que abarquen la totalidad de la jornada laboral<sup>2</sup>.

Ahora bien, cabe señalar que el párrafo segundo del citado precepto legal establece en la actualidad que no podrán ser tenidas en cuenta, a los efectos del cálculo del absentismo, las faltas de asistencia —independientemente de que la negociación colectiva pueda excluir del cómputo otras ausencias—<sup>3</sup> que sean debidas a los siguientes motivos: huelga legal por el tiempo de duración de la misma; ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; accidente de trabajo; maternidad y paternidad; riesgo durante el embarazo y la lactancia, así como enfermedades

1. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

2. GÓMEZ SALADO, M. Á. 2019: *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: Puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, 2019, págs. 89-90. En este sentido, *vid.* también los siguientes trabajos: ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. 2013: *Absentismo laboral*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 41; y NUÑEZ-SAMPER, M. y MACHO-QUEVEDO, A. 1980: «Extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas, económicas y objetivas». en AA. VV., *Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos*. Madrid: Edersa, 158.

3. STS J de Navarra de 19 de abril de 2004 (JUR 2004\152035).

causadas por el embarazo, parto o lactancia; 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; y las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o por los servicios de Salud. Del mismo modo, tampoco podrán ser consideradas como faltas de asistencia computables, en virtud del tercer párrafo —añadido a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral—<sup>4</sup> del precepto analizado, «las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave».

De la redacción actual del art. 52 d) del ET también se desprende que existen dos posibilidades de cómputo, pudiendo el empresario optar entre una u otra posibilidad de cálculo en función de las circunstancias propias de cada caso. La primera de estas posibilidades faculta al empresario a extinguir el contrato cuando se reúnen, de manera acumulativa, los dos siguientes requisitos: que las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos; y que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles. En cambio, la segunda posibilidad que se contempla faculta al empleador a extinguir el contrato cuando las faltas de asistencia del trabajador, aun justificadas pero intermitentes, alcancen el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

## 2. SÍNTESIS DEL CASO

La sentencia de 16 de octubre de 2019, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 279, de 20 de noviembre de 2019), por la que se declara constitucional y válido el apartado d) del art. 52 del ET, merece alguna reseña, dada la enorme relevancia social y jurídica que siempre tienen las cuestiones relacionadas con los despidos por motivos de ausencias justificadas al trabajo, más aún cuando estas tienen su origen en la enfermedad del propio trabajador.

Empezando por los antecedentes, hay que recordar que una trabajadora fue despedida por causas objetivas en función de lo establecido en el art. 52 d) del ET. Según se indicaba en la carta de despido, las ausencias computadas para proceder a su despido por causas objetivas fueron las que siguen: del 11 de abril de 2016 al 14 de abril de 2016 (4 días - 3 días hábiles); del 16 de abril de 2016 al 21 de abril de 2016 (6 días - 4 días hábiles); del 11 de mayo de 2016 (1 día - 1 día hábil); y del 13 de mayo de 2016 al 17 de mayo de 2016 (5 días - 1 día hábil).

Tomando en consideración lo anterior, la empresa concluye en la carta de despido que la trabajadora se ha ausentado nueve días hábiles de los cuarenta hábiles en los

4. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

dos meses continuos que se han considerado, lo que supone que sus ausencias alcanzan el 22,50% de las jornadas hábiles del período. Superan, por tanto, el 20% fijado en el precepto para proceder al despido objetivo. Además, se afirma en la carta que sus ausencias en los doce meses anteriores alcanzan el 5% de las jornadas hábiles.

Con posterioridad, la trabajadora afectada interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, solicitando que se declarase la nulidad del despido objetivo por absentismo laboral del art. 52 d) del ET por vulneración de derechos fundamentales, puesto que conlleva, en su opinión, una evidente amenaza o coacción hacia el trabajador enfermo, al disuadirle de permanecer en situación de incapacidad temporal por temor a ser despedido.

Tras ello, el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 52 d) del ET «por posible vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 de la Constitución Española —en adelante, CE—, en la medida en que el precepto legal cuestionado permite al empresario extinguir la relación laboral por causa de absentismo derivado de enfermedades intermitentes de corta duración del trabajador, hayan dado lugar o no a la expedición de partes oficiales de baja médica». Tal y como se ha expuesto en la sentencia, el órgano judicial promotor de la cuestión considera, en resumen, que esta norma podría ser contraria a los derechos a la integridad física (art. 15 de la CE), al trabajo (art. 35.1 de la CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 de la CE). En concreto, esta disposición legal establece una regulación del despido objetivo por causa de absentismo susceptible de condicionar el comportamiento de los empleados en perjuicio de sus derechos, ya que, ante el temor de perder su empleo, el trabajador puede sentirse compelido a acudir a trabajar pese a encontrarse enfermo, asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso podría complicar la evolución de su enfermedad.

El asunto llegó finalmente a manos del Tribunal Constitucional, que acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad por providencia de 16 de julio de 2019 (de conformidad con lo previsto en el art. 10.1 c) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional —LOTC—<sup>5</sup> y dictó sentencia el día 16 de octubre de 2019 en los términos referidos a continuación.

### 3. LA DOCTRINA ESTABLECIDA EN LA STC 118/2019, DE 16 DE OCTUBRE

Entrando ya a examinar las dudas de constitucionalidad que plantea el órgano judicial, conviene señalar que el Tribunal Constitucional procede a referirse en primer lugar a la eventual vulneración del derecho a la integridad física del art. 15 de la CE, que aparece muy estrechamente vinculada a la preservación de la salud del trabajador. En

5. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

relación a la posible lesión de este derecho, cabe apuntar que el Tribunal Constitucional recuerda su ya consolidada doctrina sobre la materia y entiende que el art. 52 d) del ET «no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente». En esta misma línea, señala que la decisión de despedir a los trabajadores por alcanzar unos porcentajes de ausencias al trabajo intermitentes en un determinado período de tiempo, conforme a lo establecido en el precepto cuestionado, no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en el supuesto 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) del ET pueda reputarse contrario al art. 15 de la CE.

Respecto a la posible lesión del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE, se puede decir que no descarta el Tribunal Constitucional que la regulación controvertida pudiese condicionar en algunos casos la actuación del trabajador en el sentido de acudir a su puesto de trabajo, pese a que el facultativo lo desaconseje, para evitar incurrir en la causa de despido del art. 52 d) del ET. Sin embargo, lo anterior no parece ser un motivo de gran preocupación para el citado Tribunal, ya que, tras ello, señala expresamente que «no cabe entender que con esa regulación el legislador esté desprotegiendo la salud de los trabajadores». De esta manera, entiende que el precepto cuestionado se limita únicamente a regular la posibilidad de que el empresario extinga el contrato de trabajo por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen unos determinados porcentajes, y que pueden derivar de enfermedades de corta duración del empleado. En suma, entiende que el art. 52 d) del ET no lesiona el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 de la CE reconoce, ni tampoco el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 de la CE), puesto que, mediante el precepto cuestionado, el legislador lo que ha pretendido ha sido «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 de la CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores».

Sobre la presunta contradicción entre el art. 52 d) del ET y el derecho al trabajo reconocido por el art. 35.1 de la CE, razona el Tribunal Constitucional que el primero de ellos no afecta a la vertiente del derecho al trabajo que se refiere al acceso al empleo, sino a su conservación —o, si se prefiere, a la estabilidad en el empleo— y, en relación con ello, recuerda su propia doctrina constitucional con la única finalidad de declarar que, en el supuesto que se analiza, el derecho del art. 35.1 de la CE se concreta con «la existencia de una reacción adecuada contra el despido». Seguidamente, establece que la norma legal que se cuestiona no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de la concreta causa extintiva del contrato de trabajo que regula —el absentismo laboral— de objetividad y certidumbre, respaldando al trabajador con el abono de la indemnización legalmente prevista (art. 53.1 del ET). Así, el Tribunal dispone que el art. 52 d) del ET contiene, en efecto, una limitación

parcial del derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, pero esa limitación se encuentra justificada por el art. 38 de la CE, que reconoce la libertad de empresa. Tras estas consideraciones, el Tribunal Constitucional descarta que el art. 52 d) del ET resulte contrario al art. 35.1 de la CE, ya que, «si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima —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 de la CE)». Acto seguido, procede a señalar que corresponde a la jurisdicción social «controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el art. 52 d) del ET y que la aplicación del precepto en el caso concreto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen la duración establecida por la norma».

De conformidad con todo lo señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la CE, decide desestimar la cuestión de inconstitucionalidad y ordena que se publique la sentencia en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE).

## 4. CONCLUSIONES

En síntesis, en la polémica sentencia reseñada, el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del art. 52 d) del ET que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral, legitimando a las empresas que apliquen este precepto en aquellos supuestos en que las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo alcancen los porcentajes establecidos por la norma.

Por un lado, el Tribunal Constitucional concluye, aplicando su propia doctrina, que el despido objetivo por absentismo laboral no incurre en contradicción con los derechos constitucionales a la integridad física (art. 15 de la CE), al trabajo (art. 35.1 de la CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 de la CE), puesto que la causa de este despido no es, a día de hoy, el mero hecho de estar enfermo el trabajador, sino la reiteración intermitente del número de faltas de asistencia justificadas que hayan tenido lugar en un determinado período de tiempo.

Por otro lado, determina que el precepto estatutario que regula esta causa de despido objetivo cuenta con una finalidad legítima de «evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo», amparada constitucionalmente en la libertad de empresa y en la defensa de la productividad (art. 38 de la CE), siendo ello proporcional —así lo entiende el Tribunal Constitucional— toda vez que esta decisión del empresario de extinguir el contrato de un trabajador por absentismo laboral se ajusta a los presupuestos establecidos en el mencionado art. 52 d) del ET y

no va más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad, extremos estos que son controlados por la propia jurisdicción social.

Esta sentencia cuenta con los votos particulares de cuatro magistrados (Dña. María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, D. Fernando VALDÉS DAL-RÉ, D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN y D. Juan Antonio XIOL RÍOS) que reprochan, principalmente, que la libertad de empresa y la defensa de la productividad —con una más que discutible invocación del art. 38 de la CE— puedan ser antepuestas a los derechos constitucionales a la integridad física y moral y a la protección de la salud, ya que ello podría empujar a los empleados a prescindir del cuidado a su salud para no faltar al trabajo.

Ahora bien, el contenido de esta reciente y controvertida sentencia —que ha acaaparado numerosos titulares en las últimas semanas— debe tomarse con suma precaución, al no tenerse la seguridad de que el art. 52 d) del ET vaya a seguir existiendo (tal y como lo conocemos) en la legislación laboral española. Y es que, a pesar de que esta interpretación del Tribunal Constitucional es actualmente la que debe seguirse en todo caso, nada impide que el precepto legal cuestionado se modifique en un futuro próximo a través de una reforma legislativa o que incluso se derogue. De hecho, Dña. Yolanda DÍAZ PÉREZ, actual ministra de Trabajo y Economía Social, ya ha declarado en diversas ocasiones ante los medios que se va a corregir o derogar el art. 52 d) del ET en las próximas semanas. Y, en la misma línea, procede señalar que en el documento de 50 páginas —publicado el 30 de diciembre del año 2019— que desarrolla el contenido programático del acuerdo alcanzado entre el PSOE y Unidas Podemos para conformar un Gobierno progresista de coalición se establece que se derogará con carácter urgente «la posibilidad de despido por absentismo causado por bajas por enfermedad».

Miguel Ángel GÓMEZ SALADO  
*Investigador Postdoctoral Contratado*  
*Acreditado como Profesor Contratado Doctor por la ANECA*  
*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Málaga*  
[magsalado@uma.es](mailto:magsalado@uma.es)