

LA ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL DESPIDO POR ABSENTISMO LABORAL Y EL MARGEN DE REINTERPRETACIÓN ADECUADA DESDE EL DERECHO COMUNITARIO

**Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona,
de 17 de septiembre de 2013, proceso núm. 679/2013**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Universidad. Universidad de Jaén

1. VOLUNTAD LEGISLATIVA DE LA REFORMA LABORAL DE ESTA MATERIA

Con algo de menor trascendencia, y por tanto más reducido afán, que respecto de la liberalización y abaratamiento de los despidos económicos –colectivos y objetivos–, el primer y, de momento, principal capítulo de la reforma de 2012 también dedicó atención a facilitar el despido objetivo por absentismo laboral, modificando el artículo 52 d) del ET. Sabido es que el fin u objetivo del control, y la reducción, del absentismo laboral constituye una reivindicación muy constante de los empresarios, tanto como vía para la mejora de la productividad como, y no es baladí, para la reducción del coste del sistema de prestaciones de Seguridad Social. Por eso, no cesan los cambios normativos orientados en esa dirección, si bien suelen incluirse a través de constantes reformas del régimen de control de la prestación por incapacidad temporal, al tiempo que ahora se promete un cambio todavía mayor con la proyectada Ley de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

No obstante, las reformas laborales también han sido vía para impulsar este objetivo. Lo fue la de 2010 y también la de 2012. En este sentido, aunque se produjo un cambio no irrelevante entre la versión normativa del Real Decreto-Ley 3/2012 y la de la Ley 3/2012, se mantiene un hilo reformador unitario en esta modalidad de despido objetivo: la voluntad legislativa de dar más facilidades al empresario para acudir a él como vía disuasoria del absentismo laboral. Si bien no es una modalidad que cuente con una gran frecuencia aplicativa, la reforma ha llevado a un cierto incremento y, sobre todo, ha introducido una gran presión en los trabajadores que, temerosos de verse afectados por esta sanción, deciden presentarse en las empresas aunque estén enfermos –«síndrome o riesgo del presentismo laboral»–. La existencia de esta presión desde que estalló lo más grueso de la crisis se recoge plenamente en la STS, [Sala 4.ª, 31 de enero de 2011](#).

Por tanto, también será de una gran relevancia saber qué dicen los tribunales al respecto. La **SJS núm. 33 de Barcelona** que se comenta abre grandes dudas sobre la viabilidad futura de esta reforma. Veamos por qué.

2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

En el caso, una trabajadora, en el marco de su relación de trabajadora social, iniciada el 20 de septiembre de 2007, si bien experimenta varias vicisitudes por cambio de sujeto empresarial, informa a la empresa de que padece «migraña crónica», diagnosticada desde 2003. A raíz de ello recibe tratamiento médico. El 24 de agosto de 2012 se le diagnostica «crisis con frecuencia mensual pero incapacitante», dura 2-3 días y presenta 2-3 episodios al mes. Con fecha de 28 de mayo de 2013, y efectos desde el 12 de junio de 2013, se le notificó despido por absentismo laboral.

Se le imputa que desde el 29 de marzo de 2013 hasta el día 27 de mayo de 2013 acumula un total de 15 días de ausencia, constituyendo faltas de asistencia no justificadas en unos casos y justificadas en otros. Dichas ausencias suponen un 38,46 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, teniendo planificadas en ese periodo un total de 288,6 horas de trabajo, correspondientes a 39 días. Asimismo, las ausencias de los últimos 12 meses, a computar desde el 28 de mayo de 2012 hasta el 27 de mayo de 2013, corresponden a un 14,67% de las horas hábiles, pues tenía planificadas 1.665 horas de trabajo –225 días.

El sistema de trabajo establecido en el servicio en que presta su actividad laboral la trabajadora demandante se basa en una planificación previa de los horarios en los que los usuarios serán atendidos según sus necesidades. Por lo que las ausencias causan cambios en el nivel de atención recibido por los usuarios, perjudicando sus rutinas. La trabajadora no está de acuerdo con este despido y demanda a la empresa solicitando su nulidad, por entender que es inconstitucional este precepto o, subsidiariamente, la improcedencia, por entender que ni se da cumplimiento a los requisitos formales ni la enfermedad que da lugar a las bajas puede ser computable para el absentismo laboral, por ser grave y, por tanto, excluida del cómputo.

3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO A LA COMPRESIÓN DE LA REFORMA LABORAL

El juez aborda con exhaustividad los petitos de la demanda. Primero, hace un estudio muy minucioso de los argumentos de inconstitucionalidad de la reforma. El juez desgrana uno a uno los argumentos más atendibles, vinculados tanto a la legalidad internacional –art. 6 del Convenio núm. 158 de la OIT– cuanto a los derechos fundamentales –arts. 14 (prohibición de la discriminación por cualquier circunstancia personal) y 15 CE (integridad física y personal)– y a otros derechos sociales de rango constitucional –el derecho a la salud *ex art. 43 CE*–, y concluye que,

en efecto, existen dudas más que razonables para entender que la nueva redacción del artículo 52 d) del ET es inconstitucional. Su conclusión es inequívoca: la obligada tutela de la productividad por parte de los poderes públicos, incluidos los jueces, incluye combatir el absentismo laboral injustificado, pero esa defensa no puede prevalecer sobre la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, resultando los medios que establece el artículo 52 d) del ET desproporcionados para lograr aquellos fines económicos.

Pero, sorprendentemente, el juez social, que sigue en gran medida el nuevo paradigma del «*juez Robin Hood*», decide no presentar la cuestión de inconstitucionalidad, y realizar «por su cuenta y riesgo» el ajuste constitucional del precepto estatutario. Y para ello invoca dos argumentos, de muy diverso fuste, uno fáctico, comprensible pero muy discutible en el plano de la legalidad vigente, y otro jurídico, de mayor calado, pero que hubiera hecho innecesario el primero. En efecto, de un lado, y en aplicación del artículo 5 de la LOPJ, el juez social viene, hablando en plata, a considerar una «*pérdida de tiempo*» acudir al TCO a estos menesteres –ya lo eludió exitosamente en otra ocasión, al menos también muy célebre, que dio lugar al cambio del sistema de cómputo del periodo de carencia para las trabajadoras a tiempo parcial a la hora de acceder a las pensiones (STJUE de 22 de noviembre de 2012)–. La razón es que el TCO tarda mucho en resolver estas cuestiones, de 5 a 10 años, «retraso inasumible por las partes y por el propio órgano judicial» –FJ 5.º–. No le falta razón *de lege ferenda*, pero deja perplejo tal argumento de *lex data* y genera una incertidumbre e inseguridad atroces, aunque sea una muy justa crítica a nuestro sistema fallido de justicia constitucional.

De otro lado, y con solo invocar este argumento podía y debía haberse ahorrado el anterior, que debilita su tesis, a mi juicio correcta en el fondo, apela, cómo no, al Derecho Social Comunitario y más concretamente a la reciente STJUE de 11 de abril de 2013, asunto Ring. Conforme a esta doctrina judicial, el juez social entiende posible una interpretación del artículo 52 d) del ET que lo haría compatible no ya con la norma constitucional sino con la Directiva 2000/78/CE, que prohíbe la discriminación, directa o indirecta, por causa de discapacidad. Para ello integra en este concepto el de «*enfermedad asimilable*», construido por la jurisprudencia comunitaria en esa sentencia, que supone una rectificación parcial de su posición precedente y una evolución del concepto de discapacidad. Una vez más, invocando el principio jurídico de la proporcionalidad, estima que el legislador español ha extremado la reacción empresarial en relación con enfermedades que pueden considerarse asimilables a la discapacidad, por lo que es precisa una relectura ajustada a la norma comunitaria, reinterpretando el artículo 52 d) del ET. Se trata con ella de evitar que «*su aplicación perjudique manifiestamente a los trabajadores que padecen una enfermedad de larga duración y que provoca limitaciones laborales, derivadas del riesgo evidente de causar un mayor número de situaciones de incapacidad temporal...*» –FJ 6.º, punto 3, *in fine*.

Dentro de este tipo de enfermedades asimiladas a discapacidad incluye la migraña crónica padecida por la trabajadora demandante y, por lo tanto, entiende que el despido ha de ser considerado nulo, por encubrir una discriminación por razón de discapacidad. De ahí que sea de aplicación el artículo 122 a) de la LRJS.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA SENTADA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN FUTURA

Es manifiesta la importancia de esta sentencia y no es dudoso su enorme fuste jurídico, que bien merecería consolidarse como jurisprudencia. Ahora bien, hay algunos datos que hacen dudar de ello y que, por tanto, crean cierta incertidumbre sobre la suerte de su fallo. Primero un argumento interno, ya mencionado, cual es el que haya filtrado una crítica fáctica al sistema de justicia constitucional, fundamentando la vía jurídica alternativa de la sentencia de acomodación o interpretativa en razones de excesivo retraso del TCO en pronunciarse. Es una crítica absolutamente cierta y debía ser objeto de reflexión profunda, pero no es el juez el que puede elegir una vía u otra en función de que sea más rápido. Segundo, se trata de una sentencia de un Juzgado de lo Social de Cataluña, lo que significa que deberá ser la Sala Social del TSJC el que la confirme o no. Pues bien, la *STSJC de 9 de abril de 2013*, de la que el juez social discrepa, respetuosamente, faltaría más, ha analizado la legitimidad constitucional de la reforma, cuya finalidad sitúa en «penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos», y ha concluido en su licitud, sin perjuicio de lo que en su día pueda decir el TCO, una vez resuelva, cierto dentro de años, el recurso de inconstitucionalidad presentado. Finalmente, la reciente *STS, Sala 4.ª, de 16 de octubre de 2013*, que se ha pronunciado sobre la prohibición de dar efectos retroactivos a esa reforma para el despido objetivo por absentismo, no plantea dudas de inconstitucionalidad, remitiendo a lo que en su día pueda decir el TCO.

En suma, la ortodoxia jurídica está en contra de la consolidación de este criterio como jurisprudencia. No obstante, la razón comunitaria que le asiste abre una suerte de «derecho de opción», o una forma, democrática, de «uso alternativo del Derecho Social». Dará mucho que hablar, sin duda, esta nueva manifestación del paradigma de «*justicia social Robin Hood*».