

# LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ABSENTISMO DEL TRABAJADOR TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012

**JOSEP MORENO GENÉ**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Lleida*

## **Extracto:**

**T**RAS la reducción efectuada por la Ley 35/2010 del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que operara la extinción del contrato por absentismo del trabajador, que pasó del 5 al 2,5 por 100, el Real Decreto-Ley 3/2012 ha procedido a eliminar totalmente esta exigencia. Nos encontramos, por tanto, ante una reforma que en lo esencial se ha limitado a facilitar la extinción del contrato de trabajo por esta causa mediante el «fácil» recurso de la eliminación del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo que la misma requería hasta el momento. No en vano, de forma unánime se había considerado que esta exigencia había sido la responsable de la escasa operatividad práctica de esta causa de extinción del contrato. La reforma laboral de 2012, sin embargo, no aborda en profundidad el fundamento y el régimen jurídico del absentismo laboral como causa de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ni las diferentes y complejas cuestiones que en la práctica se plantean al aplicarla, ni mucho menos las medidas que podrían adoptarse para mitigarlo sin tener que recurrir en todo caso a lo que debería ser la última y más traumática de las medidas, es decir, la extinción de la relación laboral. En definitiva, una vez más se apuesta por un tratamiento meramente punitivo del absentismo dejando de lado cualquier enfoque más preventivo del mismo.

Precisamente en este trabajo se pretende llevar a cabo un análisis del régimen jurídico de esta causa extintiva del contrato de trabajo en el que se tome en consideración no únicamente la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, sino también aquellos aspectos que no habiendo sido modificados plantean dificultades de comprensión y, por tanto, de aplicación de esta causa extintiva, que por impedir o, en cualquier caso, por limitar la eficacia de la misma en el cumplimiento de su finalidad básica, tal vez deberían haber merecido alguna atención por parte del legislador.

**Palabras clave:** absentismo laboral, despido, ausencias al trabajo y faltas de asistencia no computables.

# TERMINATION OF THE WORK CONTRACT DUE TO ABSENTEEISM AFTER THE 2012 LABOUR REFORM

**JOSEP MORENO GENÉ**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Lleida*

## **Abstract:**

**A**FTER Law 35/2010 reduced the total workplace absenteeism rate required to terminate a worker's contract on grounds of absenteeism from 5 to 2.5%, Royal Decree-Law 3/2012 has completely eliminated this requirement. This reform has therefore consisted mainly in facilitating termination of contracts for this reason by means of the «easy» system of eliminating the total workplace absenteeism rate previously required. It was widely considered that this requirement had been responsible for the low effectiveness of this reason for terminating contracts. The labour reform of 2012, however, does not address in depth the legal basis and regime of absenteeism as grounds for terminating an employment contract for objective reasons. Nor does it address the complex issues that arise in the practical application of the Law, or measures that could be taken to reduce absenteeism without having to resort to what should be the last and most traumatic measure: termination of the employment relationship. In short, once again, the emphasis has been placed on a purely punitive treatment of absenteeism rather than on taking a more preventive approach.

In this study we aim to analyse the legal regime of this reason for terminating contracts, taking into account not only the changes introduced by Royal Decree Law 3/2012 but also the aspects of the Law that have not been changed but are difficult to understand and therefore hinder its application. Because these aspects limit the Law's efficacy, they should perhaps have been dealt with in the reform.

**Keywords:** absenteeism, dismissal, absence from work and inapplicable leave of absence.

# Sumario

- I. La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador: de la Ley 35/2010 al Real Decreto-Ley 3/2012.
- II. El régimen jurídico del absentismo como causa de despido objetivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012.
  1. El fundamento de la extinción del contrato por absentismo.
  2. La noción de falta de asistencia al trabajo a los efectos del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.
  3. El nivel de absentismo relevante a los efectos del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.
  4. El momento válido para la decisión extintiva por absentismo del trabajador.
- III. Valoración final.

**NOTA:** Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER 2010-21686-C02-02 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación que lleva por título «La gestión del absentismo laboral: medición, impacto económico, causas sociales y psicológicas y régimen jurídico laboral». El autor es miembro del grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Cataluña «Análisis social y organizativo» (2009 SGR 310).

## I. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ABSENTISMO DEL TRABAJADOR: DE LA LEY 35/2010 AL REAL DECRETO-LEY 3/2012

El Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Real Decreto-Ley 10/2010), se limitó a ampliar el abanico de supuestos de faltas de asistencia al trabajo que no deben ser computadas como tales a los efectos de lo previsto en la letra d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), es decir, a efectos de satisfacer el supuesto de hecho previsto en este precepto para justificar la extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia al trabajo del trabajador. A tal efecto, el Real Decreto-Ley 10/2010 incluía una disposición final tercera, que bajo la rúbrica de «igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo» amplió la lista de faltas de asistencia no computables que hasta ese momento comprendía las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por 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 20 días consecutivos, y las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda. En concreto, la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 10/2010 incorporó el riesgo durante la lactancia y la paternidad. Se trataba, por tanto, de una reforma menor, que encontraba su motivación en la necesidad de adaptar el contenido de dicho precepto a las causas suspensivas del contrato de trabajo incorporadas por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.<sup>1</sup>

Resultaba cuando menos llamativo que una reforma laboral que tenía entre sus principales objetivos el incremento de la productividad y la mejora de la competitividad de las empresas no hubiera dedicado mayor atención a la materia del absentismo laboral que ha sido señalada en los últimos años desde muy diferentes foros, fundamentalmente, pero no exclusivamente, empresariales, como uno de los factores que más perjudican a la productividad y a la competitividad de las empresas españolas en relación con su entorno económico más próximo. A título de ejemplo, un estudio elaborado por PIMEC

<sup>1</sup> Esta previsión es calificada de menor en AA.VV.: *Reforma laboral 2010*, Madrid: Ediciones Francis y Taylor, 2010. Vid. también, BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el RDL 10/2010», en ALFONSO MELLADO, C.L.; BLASCO PELLICER, A.; CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M.: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 10/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 75.

concluía que el absentismo por causas ocasionales tuvo unos costes directos de 10.840 millones de euros en España durante el 2010 y de 2.193 millones en Cataluña, lo que representa un 1,15 por 100 y un 1,23 por 100 del producto interior bruto, respectivamente.<sup>2</sup> En cualquier caso, el estudio reconoce que después de varios años con aumentos generalizados, probablemente por el efecto de la crisis económica y el mayor temor a la pérdida del empleo que la misma ha comportado, en 2010 se produjo una ligera disminución de las horas no trabajadoras por causas ocasionales, de modo que según su estudio, la tasa de absentismo en España se situó en el 5,07 por 100, mientras que en 2009 había sido del 5,25 por 100, habiendo pasado asimismo en Cataluña del 5,37 al 5,13 por 100. Esta paulatina disminución del absentismo parece que se ha acentuado a lo largo del año 2011, habiéndose llegado a originar un cierto «presentismo» de los trabajadores en la empresa por miedo a perder su puesto de trabajo. Con independencia de la valoración que merezcan estos estudios y las afirmaciones que los mismos contienen, lo que sí es cierto es que el absentismo laboral provoca problemas en el ámbito humano, social, económico y organizativo,<sup>3</sup> que bien hubieran podido merecer una mayor atención en una reforma laboral tan extensa cuantitativa y cualitativamente como la vivida durante el año 2010.

Esta ausencia de la materia del absentismo laboral en la reforma laboral iniciada por el Real Decreto-Ley 10/2010 resultaba todavía más llamativa si se tiene en cuenta que la cuestión del absentismo había sido uno de los temas que habían sido objeto del diálogo social que antecedió a la reforma laboral de 2010. En esta dirección, las líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social de febrero de 2010 incluían en su apartado 7 un espacio dedicado íntegramente a las «actuaciones para la mejora del control de los procesos de incapacidad temporal» que partía de la constatación de que «el recurso indebido a los procesos de incapacidad temporal da lugar a la aparición del absentismo laboral no justificado, que reduce la productividad de las empresas y repercute negativamente en la equidad del sistema de Seguridad Social».<sup>4</sup>

Sin embargo, las dificultades encontradas en el marco del diálogo social para llegar a acuerdos en este punto comportaron que la intervención sobre esta materia se dejara para un momento posterior.<sup>5</sup> En esta dirección, el Documento de trabajo que el Gobierno presentó en abril no abordaba esta materia sino que la remitía a otros foros. En concreto, se preveía que «con relación a las actuaciones sobre el control de los procesos de incapacidad temporal, el Gobierno acepta que los elementos estructurales de estas materias deben discutirse en el marco del diálogo social con los interlocutores sociales derivado del Pacto de Toledo, por considerarlos más vinculados a cuestiones de Seguridad Social que a materias específicas de mercado de trabajo. Reiterando, en cualquier caso, el carácter abierto de este documento para recoger aportaciones de todas las partes, se ha considerado más oportuno dejarlo al margen del mismo».

<sup>2</sup> Vid. un esbozo de los principales datos que contiene este estudio de PIMEC en *El Economista*, de 9 de abril de 2011.

<sup>3</sup> Sobre los problemas que plantea el absentismo laboral y la preocupación que los mismos generan vid. ARIZA MONTES, J.A.: «Absentismo laboral en España: concepto, estadísticas y medidas de afrontamiento», *RTSS. CEF*, núm. 272, 2005, págs. 203 y ss.

<sup>4</sup> Sobre este documento y las propuestas que el mismo contenía vid. SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Planes de reforma laboral», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2010.

<sup>5</sup> Vid. GOERLICH PESET, J.M.: «La Seguridad Social en la reforma de 2010: la incapacidad temporal», 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*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 217.

No fue hasta la tramitación de este real decreto-ley como proyecto de ley cuando se abrió un cierto debate parlamentario sobre la conveniencia o no de abordar la materia del absentismo laboral, si bien, dicho debate se centró casi de forma exclusiva sobre la necesidad de llevar a cabo una reforma más extensa y sustancial de la causa de extinción del contrato de trabajo derivada de las faltas de asistencia al trabajo del trabajador, sin abordar, salvo alguna limitada referencia a la prestación por incapacidad temporal, otros aspectos también ligados al absentismo laboral en las empresas. En este punto, diferentes grupos parlamentarios presentaron enmiendas dirigidas a modificar el artículo 52 d) del ET regulador de esta causa de extinción del contrato de trabajo.<sup>6</sup>

En primer lugar, encontramos la enmienda 91 del Grupo Parlamentario Mixto presentada por diputados de Coalición Canaria que pretendía introducir un nuevo redactado del precepto según el cual el contrato podría extinguirse «por faltas de asistencia al trabajo, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga general por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedad o accidente no laborales que hayan requerido hospitalización o, sin requerirla, se diagnostique como enfermedad o accidente muy grave, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda».

Tres eran, por tanto, las modificaciones propuestas por esta enmienda. En primer lugar, eliminar el requisito de la intermitencia de las faltas de asistencia que se contienen en la regulación actual; en segundo lugar, suprimir la referencia al índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que pueda operar esta causa de extinción del contrato y, finalmente, modificar las faltas de asistencia no computables para esta causa de extinción del contrato. Como justificación general de esta enmienda se aduce que la reforma de esta causa de extinción del contrato «es exigida para introducir mecanismos de incremento de la productividad en las empresas mediante la supresión del absentismo laboral injustificado». En concreto, sobre la supresión del índice de absentismo total de la empresa como requisito para proceder a esta causa de extinción contractual se indica que la misma «se desvincula del índice de absentismo del total de la plantilla que, por otra parte, complica el cálculo y convierte este instrumento jurídico en inútil (...). El objetivo no puede ser otro que la eliminación del absentismo excesivo injustificado cuyo límite está fijado en los porcentajes del 20 y 25 por 100 con independencia del total del centro de trabajo». Asimismo, sobre la modificación de las faltas de asistencia no computables, se mantiene que «para impedir efectos perversos, se modifica la causa no computable incorporando las bajas por enfermedad y accidente que acrediten objetividad (hospitalización y enfermedad muy graves) puesto que el resto estará sometido a los límites individuales ya citados (20-25%)».

En segundo lugar, se presentó la enmienda núm. 204 por parte del Grupo Parlamentario Vasco que proponía la supresión del inciso final del párrafo primero de la letra d) del artículo 52 del ET que establece que «(...) siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos periodos de tiempo». Nuevamente, la citada enmienda incide sobre

<sup>6</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 81-8, de 27 de julio de 2010.

el requisito del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que opere esta causa de extinción contractual, que se pretende sea suprimido. Como justificación de esta enmienda se indica que «el absentismo constituye una de las graves patologías de nuestro mercado de trabajo, que afecta tanto a las empresas como a los propios trabajadores. No debe ser tolerado mediante fórmula alguna que atempere los porcentajes de falta de asistencia al trabajo. Los considerables niveles de absentismo que se contemplan en la norma se tienen que hacer depender exclusivamente del propio absentista y no de la plantilla de la que forma parte».

En tercer lugar, la enmienda núm. 257 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso también aboga por la supresión del requisito del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que opere esta causa de extinción contractual. Asimismo, como justificación de la misma se indica que «se trata de eliminar la exigencia de que el absentismo individual coincida con un acreditado absentismo colectivo en la plantilla superior al 5 por 100. Dicha exigencia, por otra parte, de muy difícil acreditación colectiviza un problema que atañe al cumplimiento de cada trabajador individual y a su productividad».

Finalmente, la enmienda 316 del Grupo Parlamentario Catalán también pretendía la supresión de la exigencia de que se cumpla un determinado nivel de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo para que tenga lugar la extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia del trabajador, invocándose como justificación la necesidad de «remover un obstáculo legal que impide llevar a cabo políticas de corrección del absentismo en las empresas, ya que el actual referente del absentismo colectivo enmascara conductas individuales que han de ser objeto de rechazo, y salvaguardando, en todo caso, los supuestos de ausencias justificadas».

Pese a la concurrencia de estas enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios y, en particular, a pesar de la coincidencia en todas ellas de suprimir el requisito del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que opere esta causa de extinción contractual, las mismas no fueron recogidas en el informe de la ponencia del proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo que mantenía íntegramente la redacción ya introducida en su momento por el Real Decreto-Ley 10/2010 y, por tanto, con la exigencia de que para que tenga lugar esta causa de extinción del contrato, además de las faltas de asistencia al trabajo del trabajador, deba concurrir un índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo superior al 5 por 100.<sup>7</sup>

Esta materia, sin embargo, fue objeto de posterior debate en la comisión de trabajo e inmigración del Congreso de los Diputados en la que se tramitó con competencia legislativa plena el citado proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.<sup>8</sup> En este punto, los diferentes grupos parlamentarios mantuvieron sus enmiendas y, por tanto, la voluntad de suprimir el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que opere esta causa de extinción contractual al considerar que «no está justificado, tiene enormes dificultades de acreditación y es una excusa para el fraude», que «uno de los problemas de nuestro mercado de trabajo es el absentismo injustificado, en términos profundos del propio sentido de la solidaridad entre los propios trabajadores y desde la convicción

<sup>7</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, Proyectos de Ley, núm. 81-10, de 4 de agosto de 2010.

<sup>8</sup> Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 592, 2010.

de que eso tiene un coste en términos de la propia competitividad de las empresas o para nuestro sistema de protección social y a los mecanismos de solidaridad de nuestro Estado de Bienestar», etcétera.

Frente a ello, el Grupo Parlamentario Socialista justifica el no haber entrado a regular la materia del absentismo laboral, afirmando que «dicen que no decimos nada del absentismo. Sí, pero no con la orientación que algunos están planteando de modificación sustancial (...). No podemos entrar en estos momentos en el absentismo como un caballo en una cacharrería, porque es un elemento que no se ha podido resolver en la vía bilateral de la negociación y tenemos problemas ahí. Pero sí podemos hacer avances que permitan visualizar que es un tema que hay que tocar (...) porque el absentismo forma parte del corazón de las relaciones laborales negativamente».

Como consecuencia de este debate se llegó a una enmienda transaccional que resultó finalmente aprobada en virtud de la cual se adopta una solución salomónica según la cual se mantiene el requisito del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo para que opere esta causa de extinción contractual, si bien, el mismo se reduce sustancialmente. En concreto, la redacción finalmente aprobada del apartado primero de la letra a) del artículo 52 del ET establece que el contrato de trabajo podrá extinguirse «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 por 100 en los mismos periodos de tiempo». En definitiva, se reduce el requisito del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que opere esta causa de extinción del contrato en un 50 por 100, es decir, del 5 al 2,5 por 100.

El periplo por el que transcurre esta causa de extinción del contrato en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, sin embargo, no finaliza en este momento, sino que, por el contrario, el debate sobre esta causa de extinción del contrato se trasladó al Senado. En este punto, diferentes grupos parlamentarios volvieron a plantear enmiendas dirigidas a alterar el tenor de esta causa extintiva, entre las que cabe destacar la enmienda núm. 33 presentada por el Grupo Parlamentario de senadores nacionalistas, la enmienda núm. 211 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado y la enmienda 258 del Grupo Parlamentario Mixto.<sup>9</sup> Con carácter general, todas estas enmiendas se reafirman una vez más en la necesidad de suprimir el requisito de la exigencia de que se acredite un determinado índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo para que opere esta causa de extinción contractual. Los argumentos empleados para el mantenimiento de estas enmiendas vuelven a ser que «el absentismo constituye una de las más graves patologías de nuestro mercado de trabajo», «no debe ser tolerado mediante fórmula alguna que atempere los porcentajes de falta de asistencia al trabajo», «esos considerables niveles de absentismo que se contemplan en la norma deben hacerse depender exclusivamente del propio absentista y no de la plantilla de la que forma parte», «la defensa de que el absentismo sea individual», «no hay que sancionar a un colectivo de trabajadores por la actuación de uno solo. Cada persona debe ser consecuen- te con sus actos y sufrir sus consecuencias, pero no el colectivo», etcétera.

La coincidencia de estas enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios, acompañada de las mayorías parlamentarias existentes en el Senado, permitieron que tras el correspon-

<sup>9</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 72 (d), de 17 de agosto de 2010.

diente debate en la Comisión de Trabajo e Inmigración del Senado,<sup>10</sup> finalmente se aprobara por la Cámara Alta la reforma del apartado primero de la letra a) del artículo 52 que pasa a establecer que el contrato de trabajo se podrá extinguir «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses».<sup>11</sup> Como fácilmente puede observarse, esta modificación suponía la eliminación del requisito o exigencia de que se acredite un determinado nivel de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo para que opere esta causa de extinción contractual, siendo suficiente con acreditar las faltas de asistencia del trabajo del trabajador. Por tanto, ya no es que se reduzca este índice, como se había efectuado en el Congreso de los Diputados, sino que se suprime el requisito en su totalidad.

Esta enmienda introducida en el Senado, sin embargo, no fue finalmente ratificada por el Congreso de los Diputados que procedió a rechazarla dejando la redacción del apartado primero de la letra a) del artículo 52 del ET finalmente aprobada con el mismo contenido con el que había sido aprobada anteriormente por la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados, de modo que de conformidad con la redacción definitiva de este precepto el contrato de trabajo podrá extinguirse «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 por 100 en los mismos periodos de tiempo».

En definitiva, las modificaciones introducidas por la reforma laboral del 2010 en la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el apartado d) del artículo 52 del ET se limitaron a incorporar entre las faltas de asistencia no computables a efectos de dicho precepto a las que derivan del riesgo durante la lactancia y de la paternidad y a reducir el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que opere esta causa de extinción del contrato que pasa del 5 por 100 exigido anteriormente al 2,5 por 100 que se exige después.

Las vicisitudes de esta causa de extinción del contrato, sin embargo, no se han acabado con la Ley 35/2010, sino que se ha visto nuevamente afectada por la reforma laboral de 2012. En esta dirección, el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales de finales de 2011 ha incorporado esta materia en la reforma laboral efectuada mediante Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Real Decreto-Ley 3/2012). En este punto, el artículo 18 de esta norma, ubicado en el capítulo IV titulado «Medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral» ha procedido a modificar el artículo 52 d) del ET. A tal efecto, tras la reforma introducida se prevé que el contrato de trabajo podrá extinguirse «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses».

Como fácilmente puede observarse, la nueva redacción del artículo 52 d) del ET elimina el inciso final del párrafo primero de dicho precepto según el cual la extinción del contrato podía llevar-

<sup>10</sup> Vid. Diarios de Sesiones del Senado, núm. 394, 2010.

<sup>11</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 72 (f), de 1 de septiembre de 2010.

se a cabo «siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 por 100 en los mismos periodos de tiempo». En consecuencia, la nueva redacción no es que limite, como hiciera la Ley 35/2010, sino que suprime totalmente el tradicional requisito del absentismo total de la plantilla para poder llevar a cabo la extinción del contrato prevista en esta norma, siendo suficiente a partir de su entrada en vigor que concurran las faltas de asistencia al trabajo del trabajador en cuestión. Por el contrario, dicho precepto mantiene inalterados los requisitos que deben satisfacer estas faltas de asistencia al trabajo –faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses–, y las faltas que de conformidad con el precepto no deben ser computadas como faltas de asistencia –las ausencias derivadas de huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda–.

La supresión del requisito del absentismo total de la plantilla para proceder a la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador prevista en el artículo 52 d) del ET constituye la única medida que se contiene en el Real Decreto-Ley 3/2012 para luchar contra el absentismo laboral en las empresas. Únicamente la disposición adicional cuarta de dicha norma bajo la rúbrica de «Control de la incapacidad temporal y Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales» parece afrontar este fenómeno, si bien, se limita a establecer que «el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, estudiará en un plazo de seis meses la modificación del régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales para una más eficaz gestión de la incapacidad temporal».

En consecuencia, tanto la Ley 35/2010 en un primer momento, como posteriormente el Real Decreto-Ley 3/2012, se configuran como dos reformas que en lo esencial se limitan a facilitar la extinción del contrato de trabajo por esta causa mediante el «fácil» recurso a la limitación primero y supresión después del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo que la misma requería. No en vano, de forma unánime tradicionalmente se ha considerado que esta exigencia ha sido la responsable de la escasa operatividad práctica de esta causa de extinción del contrato. Ambas reformas laborales, sin embargo, no abordan en profundidad el fundamento y el régimen jurídico del absentismo laboral como causa de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ni las diferentes cuestiones que en la práctica se plantean al aplicarla y que también constituyen un verdadero obstáculo que dificulta en gran medida el recurso a esta causa de extinción del contrato.

Aunque actualmente se está tramitando en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, no parece que se vaya a incidir de un modo muy relevante en esta causa de extinción del contrato, no en vano, aunque encontramos una gran cantidad de enmiendas sobre esta materia presentadas por los diferentes grupos parlamentarios, la mayoría absoluta del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso hace prever que, en relación con la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador, únicamente se acabará introdu-

ciendo la enmienda propuesta por este partido, en particular, la enmienda 649,<sup>12</sup> que defiende que el contrato de trabajo se extinga «d) por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses». Asimismo, introduce una nueva falta de asistencia no computable a los efectos de esta causa de extinción del contrato, en particular «las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave». Como justificación de esta enmienda se indica que se trata de una «mejora técnica, para evitar despidos por razones de ausencia justificada al trabajo en atención a un tratamiento médico o por razón de un periodo muy concreto en que se pueda producir algún problema puntual de salud».

Precisamente en este trabajo se pretende llevar a cabo un análisis del régimen jurídico de esta causa extintiva del contrato de trabajo en el que se tomen en consideración no únicamente aquellos limitados aspectos que han sido objeto de modificación por parte de la Ley 35/2010 y del Real Decreto-Ley 3/2012, sino también aquellos que, no habiéndolo sido, plantean dificultades de comprensión y, por tanto, de aplicación de esta causa extintiva, que por impedir o, en cualquier caso, por limitar la eficacia de la misma en el cumplimiento de su finalidad básica, tal vez deberían haber merecido alguna atención por parte del legislador.<sup>13</sup>

## II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ABSENTISMO COMO CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 3/2012

### 1. El fundamento de la extinción del contrato por absentismo

La primera cuestión que se plantea al abordar cualquier institución jurídica es la de determinar el fundamento de la misma, en este supuesto, cuál es la finalidad económica y social que se persiguió con la introducción de una causa de extinción del contrato de trabajo basada en las faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, del trabajador al trabajo. Este análisis es especialmente necesario ante la reforma que ha introducido el Real Decreto-Ley 3/2012 en esta causa de extinción del contrato, en concreto, la supresión del requisito exigido hasta el momento de que concurra un determinado índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo para que opere esta causa de extinción del contrato, puesto que dicha reforma plantea la cuestión de si esta puede suponer un cambio en el fundamento de la misma.

El análisis del artículo 52 d) del ET permite constatar que el empresario podrá extinguir el contrato de trabajo del trabajador que falta, aun justificadamente, al trabajo más de un determinado por-

<sup>12</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012. La enmienda coincide con la enmienda 392 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán

<sup>13</sup> En esta dirección, LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo», *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2008, llama la atención sobre el hecho de que las dificultades que plantea esta forma de despido «han puesto en el disparadero la utilidad de esta vía extintiva justamente cuando se acababa de redescubrir».

centaje del total de jornadas de trabajo en un determinado periodo de tiempo y siempre que estas faltas reúnan ciertas características, sin necesidad de constatar si las mismas responden a una excesiva morbilidad, a absentismo o a cualesquiera otras causas o fundamentos. Por el contrario, dicho precepto objetiviza al máximo esta causa de extinción del contrato consagrando *ex lege* el principio según el cual el hecho de que un trabajador falte a su trabajo con una cierta frecuencia en un determinado periodo de tiempo puede, sin más, ser causa de extinción del vínculo jurídico que le une al empresario, convirtiéndose así en una causa de extinción más versátil por la innecesariedad de acudir a justificaciones sustanciales.<sup>14</sup> Nos encontramos, en definitiva, ante una causa de extinción polivalente que tanto puede ser utilizada para extinguir el contrato de trabajo de un trabajador con morbilidad excesiva, para reaccionar o reprimir el absentismo laboral o para alcanzar cualquier otra finalidad.

A partir de estas premisas, puede concluirse que nos encontramos ante una causa de extinción del contrato de trabajo que tiene como objetivo proteger al empresario frente a la excesiva onerosidad que suponen las faltas de asistencia del trabajador producidas en los términos fijados en el artículo 52 d) del ET, las cuales comportan que el trabajador no resulta productivo en la empresa, en la medida en que sus reiteradas ausencias limitan o impiden el normal funcionamiento de la empresa al provocar desorganización en la producción, falta de continuidad en la prestación del trabajador, problemas graves de sustitución del mismo, sobrecarga de trabajo para el resto de los trabajadores, etcétera.<sup>15</sup> En definitiva, nos encontramos ante un supuesto de onerosidad excesiva o desaparición de la base del negocio normativamente establecido y que trae su fuerza extintiva del hecho mismo de la existencia del artículo 52 d) del ET.<sup>16</sup>

Ahora bien, hasta la reforma laboral introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, cuando el artículo 52 d) del ET establecía esta especie de presunción *iuris et de iure* de la excesiva onerosidad o desaparición de la base del negocio que suponen para el empresario determinadas faltas de asistencia del trabajador al trabajo, lo había hecho teniendo en cuenta no únicamente las faltas de asistencia de un determinado trabajador, sino atendiendo al nivel de absentismo global existente en el centro de trabajo, atribuyéndose al empresario la facultad de extinguir el contrato de trabajo cuando los niveles globales de absentismo que soportaba eran altos, en la medida en que se presumía que ello acarrearía una disfunción o perjuicio importante para el normal funcionamiento de la empresa.<sup>17</sup> Por

<sup>14</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Pamplona: Aranzadi, 1983, pág. 93.

<sup>15</sup> En este mismo sentido, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, pág. 307, considera que en estos supuestos al empresario no le interesa conservar el contrato de trabajo, al no extraer de él los provechos que venía percibiendo, al recibir un trabajo intermitente, que produce desorganización productiva, que obliga a la sustitución continua del trabajador y al que no se le ve el fin. Vid. también, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 201.

<sup>16</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, pág. 122.

<sup>17</sup> Vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, falta de adaptación y absentismo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 19, 1996, pág. 147. El mismo autor, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, falta de adaptación y absentismo», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido*, Madrid: Universidad Complutense, 1996, pág. 140, indica que las faltas intermitentes de un trabajador no podrán ser causa de extinción contractual si no coinciden con una tasa de absentismo en la empresa, que la ley considera como límite máximo de tolerancia, por encima del cual, el equilibrio de las prestaciones se rompe. Según el autor, solo entonces el legislador permite al empresario adoptar una medida correctora y resolver el contrato de trabajo de dicho trabajador. En parecidos términos, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo... op. cit.*, pág. 205, considera que «solo se considera legítimo, desde el punto de vista de la one-

el contrario, cuando los niveles globales de absentismo que soportaba el empresario eran bajos, también se presumía que las ausencias del trabajador ausente no constituían una carga excesiva para el mismo y, en consecuencia, no le habilitaban para extinguir el contrato. En otros términos, la excesiva onerosidad o desaparición de la base del negocio que suponían para el empresario las faltas de asistencia del trabajador debían ponerse en todo caso en relación con el absentismo global sufrido por el empresario para poder justificar la decisión extintiva adoptada por este frente al interés del trabajador por mantener su relación laboral.<sup>18</sup>

En esta dirección, numerosas resoluciones judiciales al abordar el fundamento de esta causa de extinción del contrato habían indicado que con la configuración actual de la misma, «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 de supuestos) 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. 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 solo por el coste directo de la ausencia (o de su sustitución) sino por el indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas, permitiéndole la extinción de contratos de trabajo, pero no de cualquier trabajador sino solo de aquellos que son partícipes activos en esa situación. Se explica, así, que se exijan niveles de absentismo a nivel de centro, como también que las ausencias del trabajador afectado deban ser intermitentes, que se excluyan del cómputo un determinado tipo de ausencias e, incluso, la misma selección de estas».<sup>19</sup>

En consecuencia, la eliminación de la exigencia de que el empresario sufra un determinado nivel de absentismo global para poder proceder a la extinción del contrato de trabajo incide necesariamente en la finalidad económico-social de esta causa de extinción del contrato, puesto que permite proceder a la extinción del contrato de trabajo en cuanto se constata la excesiva onerosidad o desaparición de la base del negocio como consecuencia de las faltas de asistencia al trabajo de un determinado trabajador sin necesidad de constatar al mismo tiempo los perjuicios que para el normal funcionamiento y la productividad de la empresa acarrea la concurrencia de un determinado nivel global de absentismo, amparándose aún más si cabe de este modo el interés del empresario de extinguir la relación laboral que se considera excesivamente onerosa frente al interés del trabajador en conservar su puesto de trabajo.

rosidad excesiva, el acudir a este motivo extintivo cuando la empresa vive como un problema grave (...) el absentismo global de la plantilla».

<sup>18</sup> En esta dirección, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, pág. 217, indica que el índice global de absentismo «más que hacer posible el despido (la onerosidad es ya excesiva, normativamente hablando, en relación con ese trabajador singular), tiene el efecto de imposibilitar otros no ya por no excesivamente onerosos sino por su relativa escasa incidencia en el cómputo global de la plantilla, su relativa irrelevancia económica, pues, comparativamente considerada».

<sup>19</sup> *Vid.* STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2003 (NSJ014296), STSJ de Navarra de 20 de julio de 2004 (NSJ017072), STSJ de Navarra de 26 de julio de 2004, STSJ de Navarra de 28 de julio de 2004 (NSJ017542), STSJ de Navarra de 2 de septiembre de 2004, STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2004, STSJ de Navarra de 17 de mayo de 2005 (NSJ019063), STSJ de La Rioja de 30 de mayo de 2006, STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2006, STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2006, etcétera.

## 2. La noción de falta de asistencia al trabajo a los efectos del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores

Ni la Ley 35/2010 ni el Real Decreto-Ley 3/2012 han incidido en el concepto de faltas de asistencia al trabajo que integran la causa de extinción del contrato recogida en el artículo 52 d) del ET. A tal efecto, el enunciado de dicho precepto recoge como presupuesto para la aplicación de esta causa de extinción del contrato las faltas de asistencia del trabajador al trabajo, pero no contempla cualquier falta de asistencia, sino únicamente aquellas que alcanzando una determinada entidad cumplan con las siguientes notas: a) que se trate de auténticas faltas de asistencia al trabajo; b) que se trate de faltas de asistencia «aun justificadas»; y, c) que se trate de faltas intermitentes. Veamos a continuación cuál es el alcance real de cada una de estas exigencias y las dificultades prácticas que las mismas suscitan.

### 2.1. Faltas de asistencia al trabajo

La exigencia de que se trate de una falta de asistencia al trabajo presupone que el trabajador no ha acudido a su centro de trabajo durante su jornada laboral, de modo que si el trabajador acude al mismo no puede considerarse cumplida esta exigencia aunque este se niegue a desarrollar su prestación laboral. En consecuencia, la presencia del trabajador en el centro de trabajo, aunque no esté realizando la prestación laboral encomendada, impide integrar la causa extintiva del artículo 52 d) del ET, debiendo reconducirse en su caso este incumplimiento contractual hacia el despido disciplinario.<sup>20</sup> Por el contrario, la ausencia del trabajador al centro de trabajo puede integrar el supuesto de hecho del artículo 52 d) del ET salvo que este precepto prescriba lo contrario.

Asimismo, la falta de asistencia al trabajo comporta que la ausencia del trabajador de su centro de trabajo se prolongue durante toda la jornada laboral, no siendo suficiente para actuar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 52 d) del ET de que se produzcan meras faltas de puntualidad, ya sea por llegar con retraso al trabajo, por ausentarse del mismo antes de la finalización de la jornada o por el abandono momentáneo del puesto de trabajo dentro de la jornada laboral. En consecuencia, no resulta admisible que en el cómputo de las faltas de asistencia al trabajo se sumen a las jornadas completas dejadas de trabajar por el trabajador las fracciones horarias dejadas de trabajar como consecuencia de las faltas de puntualidad reiteradas del trabajador.<sup>21</sup>

Pese a ello, con base en alguna resolución judicial en cuya relación de hechos probados parece tomarse en consideración para el cómputo de las faltas de asistencia las horas correspondientes a las faltas de puntualidad, algún autor ha mantenido que estas faltas de puntualidad puedan ser tenidas en cuenta a los efectos del artículo 52 d) del ET, considerando al efecto que las ausencias parciales dentro de la jornada de trabajo gozan *per se* de una de las notas que el artículo 52 d) del ET exige a las ausencias computables, que además es la nota que justifica y da su razón de ser a esta causa de

<sup>20</sup> Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo...* op. cit., pág. 209. Vid. también, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción...* op. cit., pág. 316.

<sup>21</sup> Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo...* op. cit., pág. 211. En la misma dirección, vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, falta de adaptación...» op. cit., pág. 149.

despido, es decir, la intermitencia. Las faltas de asistencia parcial al trabajo, aun justificadas, pero reiteradas, según esta doctrina pueden producir en la empresa distorsiones incluso mayores que las faltas de asistencia durante toda la jornada.<sup>22</sup>

Sin perjuicio de que de conformidad con estos argumentos esta materia pudiera ser abordada por el legislador,<sup>23</sup> no parece, sin embargo, que en el actual contexto normativo esta interpretación sea la más adecuada básicamente por dos motivos. En primer lugar, por la dicción literal del artículo 52 d) del ET que no menciona las faltas de puntualidad, a diferencia de lo que sucede con la causa de despido disciplinario recogida en el artículo 54.2 a) del ET que se refiere de forma expresa a las «faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo», de lo que se desprende que las mismas no quedan incluidas en dicho precepto. Y, en segundo lugar, por la imposibilidad de llevar a cabo una interpretación extensiva del artículo 52 d) del ET, en virtud de la cual si dicho precepto pretende permitir al empresario desprenderse de aquellos trabajadores cuya prestación laboral es excesivamente onerosa, también debe incluir las faltas de puntualidad por tener unas mismas consecuencias lesivas para los intereses del empresario. No en vano, las causas de extinción unilateral del contrato de trabajo deben ser interpretadas de forma restrictiva.<sup>24</sup>

Además, existen pronunciamientos de tribunales que de forma expresa se manifiestan en sentido contrario, es decir, que mantienen que las faltas a que se refiere el artículo 52 d) del ET han de ser de asistencia y no de puntualidad. En este punto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de febrero de 2006 constata que «tal como establece el artículo 52 d) del ET, la extinción contractual por faltas de asistencia al trabajo, «aun justificadas, pero intermitentes», precisa, para que sea legítima y eficaz, que se trate de faltas de asistencia al trabajo, y no de puntualidad, es decir, que afecten a la jornada completa de trabajo». En consecuencia, al efectuar el cómputo de las faltas de asistencia alegadas por el empresario para proceder a la extinción del contrato el tribunal indica que «tampoco son computables, como de ausencia, lo que son simples faltas de puntualidad (...) pues estas no se comprenden en la dicción literal del precepto –art. 52 d) ET–».<sup>25</sup>

## 2.2. Faltas de asistencia, aun justificadas

El artículo 52 d) del ET cuando se refiere a las faltas de asistencia necesarias para justificar la extinción del contrato de trabajo señala que debe tratarse de faltas de asistencia «aun justificadas». El peculiar redactado de este precepto ha planteado en el seno de la doctrina la cuestión de si esta causa extintiva del contrato únicamente contempla las faltas de asistencia justificadas o si, por el contrario, también pueden ser tenidas en cuenta las faltas de asistencia injustificadas del trabajador.

Un primer grupo de autores, aun reconociendo que el redactado literal del precepto que se refiere a las «faltas de asistencia, aun justificadas» y no meramente a las «faltas de asistencia justi-

<sup>22</sup> Vid. BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción...* op. cit., págs. 317 y 318.

<sup>23</sup> A tal efecto, LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo...» op. cit., indica que esta cuestión «quizás merecería ser tenida en cuenta de *lege ferenda*».

<sup>24</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* op. cit., pág. 169.

<sup>25</sup> Rec. núm. 5436/2005.

ficadas» parece inclinarse por la admisión de las faltas de asistencia injustificadas del trabajador, se centra en la *ratio* o fundamento del mismo, es decir, en la finalidad de permitir al empresario extinguir el contrato de trabajo que ha devenido excesivamente oneroso, muy distinta a la finalidad perseguida por el despido disciplinario que autoriza al empresario a sancionar un incumplimiento contractual. Bajo este prisma se plantea si el empresario puede sumar a las ausencias justificadas que no alcancen el porcentaje fijado, las ausencias injustificadas que a su vez no integren la autónoma causa de despido del artículo 54.2 a) del ET, a lo cual se responde que «el artículo 52 y el artículo 54 del ET responden a una lógica distinta, por lo que no cabe la utilización combinada de supuestos contenidos en cada uno de ellos para dar vida a una causa de despido que autónomamente no podría subsistir. Las ausencias injustificadas que resulten insuficientes para integrar la autónoma causa de despido del artículo 54.2 a) no pueden, pues, sumarse a las ausencias justificadas para alcanzar los porcentajes que permiten la utilización de la causa de despido del artículo 52 d) del ET».<sup>26</sup>

En otros términos, se considera que a partir de la consideración de que solo las faltas injustificadas pueden fundamentar el despido con base en el artículo 54.2 a) del ET, el artículo 52 d) viene a añadir que incluso cuando las faltas son justificadas, también en este supuesto puede el empresario, reunidos determinados requisitos, proceder al despido, poniéndose el énfasis en el hecho de que el despido será posible no obstante se trate de faltas justificadas que, en principio, no deberían provocar la extinción de la relación laboral. La justificación de las faltas se configura como el elemento característico y necesario de las faltas de asistencia a que se refiere el artículo 52 d) del ET.<sup>27</sup>

Un segundo grupo de autores se ha inclinado por considerar que el precepto permite acumular tanto las faltas de asistencia justificadas, como las injustificadas, al considerar que ambos tipos de faltas inciden en el nivel de absentismo que el artículo 52 d) del ET intenta limitar. En apoyo de esta postura se ha acudido, en primer lugar, a la interpretación literal del precepto, considerándose al efecto que la expresión «las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas», comporta que cualquier tipo de faltas de asistencia –justificadas e injustificadas– sean castigadas, pues en caso contrario el redactado del precepto se hubiera limitado a referirse sin más a las «faltas de asistencia al trabajo justificadas».<sup>28</sup> En segundo lugar, se ha empleado un argumento de justicia material, al considerarse que una solución contraria comportaría que mientras se extingue el contrato a un trabajador que acumula un determinado número de faltas justificadas, no sucedería lo mismo respecto a quien acumulara el mismo número de faltas de asistencia, pero algunas de ellas sin justificación.<sup>29</sup> A tal efecto se

<sup>26</sup> Vid. DURÁN LÓPEZ, F.: «La excesiva morbilidad como causa de despido», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 1981, pág. 229. El autor considera que cuando el precepto indica que se computan las «faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas» se quiere poner el énfasis en que se integra una causa de despido con faltas que, sin embargo, están plenamente justificadas, lo cual no es ocioso, porque en principio puede extrañar que ausencias al trabajo justificadas fundamenten una extinción de la relación laboral.

<sup>27</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, pág. 175.

<sup>28</sup> Vid. entre otros, ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3, 1980, pág. 415; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, falta de adaptación...» *op. cit.*, pág. 150 y 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*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

<sup>29</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo... op. cit.*, pág. 215, sostiene que deben incluirse todo tipo de faltas de asistencia: «las justificadas, que son las que más directamente invoca el precepto, pero también las injustificadas, pues en caso contrario nos encontraríamos con la paradoja de castigar con más dureza las faltas que tienen justificación, aunque

ha indicado que si se atiende a la razón de ser de este tipo extintivo solo puede concluirse que son en realidad las ausencias injustificadas que no llevan al despido disciplinario las que unidas a las eventuales justificadas hacen la situación insoportable para la empresa.<sup>30</sup> En consecuencia, numerosos convenios colectivos limitan la definición de absentismo a las ausencias justificadas debidas a enfermedad común y a las ausencias injustificadas.

Ambos argumentos permiten mantener que el supuesto de hecho previsto en el artículo 52 d) del ET se puede satisfacer con cualquier tipo de faltas de asistencia al trabajo, ya sean las justificadas, que son a las que fundamentalmente se refiere el precepto, como las injustificadas, que si bien inicialmente está previsto que puedan integrar el supuesto de hecho del artículo 54.2 d) del ET y, en consecuencia, justificar el despido disciplinario del trabajador, en caso de no ser justificación suficiente para ello, deben poder acumularse a las faltas justificadas de asistencia para desencadenar la extinción del contrato por la causa objetiva prevista en el artículo 52 d) del ET.<sup>31</sup> Ello no debe menoscabar la convicción de que en la práctica lo más habitual será que el supuesto de hecho de este precepto se integre exclusiva o mayoritariamente por faltas de asistencia justificadas, siendo nulo o, en su caso, muy mínimo el peso de las faltas de asistencia no justificadas, como lo prueba el hecho de que los tribunales no se hayan visto en la tesitura de pronunciarse sobre esta cuestión, al haberse preocupado más por controlar la autenticidad de las faltas de asistencia que por distinguir si se trata de faltas de asistencia justificadas o injustificadas.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de julio de 2007 parece contemplar un supuesto en el que se toman en consideración para justificar la extinción del contrato por ausencias del trabajador prevista en el artículo 52 d) del ET ausencias no justificadas del trabajador. A tal efecto, la resolución computa diferentes faltas de asistencia a pesar de que no existe un proceso de baja por incapacidad del trabajador sino un proceso de ausencias reiteradas y toleradas por la empresa, sin baja médica por incapacidad temporal ni suspensión por este motivo del contrato. La resolución judicial considera que en este supuesto el trabajador no puede pretender beneficiarse por partida doble de sus ausencias reiteradas sin baja laboral, aunque la tolerancia empresarial no haya llevado a un despido disciplinario y, en consecuencia, las mismas deben ser computadas a efectos de la extinción del contrato por causas objetivas prevista en el artículo 52 d) del ET.<sup>32</sup>

La admisibilidad de las faltas de asistencia injustificadas para integrar el supuesto de hecho del artículo 52 d) del ET plantea dos cuestiones adicionales: en primer lugar, si pueden computarse las faltas de asistencia injustificadas que ya hayan sido objeto de sanción anterior y, en segundo lugar, si pueden tomarse en consideración las faltas de asistencia injustificadas ya prescritas. Respecto a la primera cuestión, podría objetarse que si las faltas de asistencia injustificadas ya han sido previamente

---

sea endeble o no adecuada a derecho, que aquellas que son absolutamente irrazonables o abiertamente injustificadas, pudiendo darse la incongruencia de permitir el despido a quien aporta una justificación para su inasistencia e impidiéndolo a quien carece de ella».

<sup>30</sup> Vid. LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo», *op. cit.*

<sup>31</sup> Vid. ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, pág. 398. Vid. también, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pág. 24.

<sup>32</sup> Rec. núm. 1847/2007.

te objeto de sanción se estaría incurriendo en la prohibición del *non bis in idem*.<sup>33</sup> Sin embargo, frente a ello se ha alegado que no se trata propiamente de una sanción sino de la extinción por la presencia de un hecho objetivo —el absentismo— y, además, nada obsta para sancionar como falta grave la acumulación de faltas leves, lo que tiene un parecido grande con esta situación.<sup>34</sup> Respecto a la segunda cuestión, se ha considerado que no pueden tomarse en consideración las faltas de asistencia injustificadas ya prescritas por ser la prescripción una garantía del trabajador frente a cualquier decisión extintiva del trabajador.<sup>35</sup> A pesar de lo cual, puede sostenerse que en el supuesto previsto en el artículo 52 d) del ET no nos encontramos ante un supuesto de ejercicio del poder disciplinario, de modo que no procede la invocación de la prescripción de las faltas.<sup>36</sup>

### 2.3. Faltas de asistencia intermitentes

El artículo 52 d) del ET exige para que pueda operar la causa de extinción prevista en dicho precepto que las faltas de asistencia al trabajo deben ser intermitentes. Esta exigencia supone que las faltas de asistencia del trabajador deben ser varias, no en vano el precepto utiliza el término de «faltas de asistencia» en plural, y discontinuas, de modo que los periodos de inasistencia deben estar separados entre sí por otros periodos de asistencia al trabajo. En consecuencia, no se cumple este requisito cuando nos encontramos ante una única y continuada ausencia al trabajo, independientemente de cuál sea su duración, de modo que se excluye el caso de que se cumplan los parámetros exigidos en el artículo 52 d) del ET pero por una única ausencia prolongada.<sup>37</sup> La intermitencia como reiteración discontinua debe producirse, para que tales ausencias puedan ser computables, respecto de y entre las inasistencias al trabajo susceptibles de cómputo, de modo que las ausencias no computables no se tienen en cuenta a los efectos del cumplimiento del requisito de la intermitencia de las faltas.<sup>38</sup> A partir del cumplimiento de estas premisas resulta en principio irrelevante el número de diferentes faltas de asistencia que se produzcan, siempre que nos encontremos como mínimo con dos, si bien, atendiendo al fundamento del precepto sería preferible que se constataran una pluralidad de las mismas, puesto que estos supuestos son los que verdaderamente perjudican a la organización y a la productividad empresarial y, en consecuencia, justifican plenamente la extinción del contrato de trabajo.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Vid. BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción... op. cit.*, pág. 322. En contra también se pronuncia GUALDA ALCALÁ, F.J.: «El absentismo como causa de despido objetivo», en BAYLOS GRAU, A. (coord.): *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Editorial Bomarzo, 2011, pág. 222.

<sup>34</sup> Vid. SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pág. 19. Estos argumentos se reproducen en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo... op. cit.*, pág. 217 y ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 398.

<sup>35</sup> Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo... op. cit.*, pág. 218.

<sup>36</sup> Vid. ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 45. En la misma dirección, SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico de las ausencias... op. cit.*, pág. 19, considera que la prescripción no jugará sino a efectos sancionatorios y no a efectos de extinción por causas objetivas.

<sup>37</sup> Vid. STSJ de Navarra de 17 de mayo de 2005 (NSJ019063).

<sup>38</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, pág. 205.

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión vid. BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción... op. cit.*, pág. 323. El autor se muestra crítico con la interpretación jurisprudencial de la intermitencia que ha reducido a la mínima expresión exigiéndose exclusivamente dos periodos de ausencia.

El carácter de requisito indispensable para que opere esta causa de extinción del contrato ha sido puesta de manifiesto de forma expresa por el Tribunal Supremo que en su Sentencia de 26 de julio de 2005 [NSJ018947] al preguntarse sobre si la intermitencia en las faltas de asistencia al trabajo a que se refiere el artículo 52 d) del ET es un requisito exigible en todo caso o, por el contrario, es un requisito que puede faltar en algunos supuestos, como, por ejemplo, cuando la ausencia al trabajo es por un periodo de tiempo inferior a 20 días, ha fijado la siguiente doctrina: «El texto del artículo 52 d) ya se ha transcrito en el fundamento jurídico primero de la presente sentencia. Su párrafo primero claramente exige la intermitencia en la ausencia al trabajo: dice al efecto que el contrato podrá extinguirse "por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes (...)". Es sabido que la intermitencia se produce por la interrupción o cese de algo "que prosigue o se repite" (Diccionario de la Lengua, Real Academia Española). Es cierto que el párrafo segundo *in fine* de dicho artículo excluye del cómputo las ausencias debidas a enfermedad "cuando la baja (...) tenga una duración de más de veinte días consecutivos". Pero estamos en realidad ante dos previsiones legales distintas, que son entre sí compatibles: una cosa es la exigencia de la intermitencia en las ausencias al trabajo y otra diferente es que, producida dentro de esa intermitencia una baja por enfermedad durante más de 20 días consecutivos, tal baja no se compute. Ello evidencia la compatibilidad, como hemos expresado, de las dos prescripciones legales, contenidas en distintos párrafos del mismo artículo 52 d) del ET. La previsión contenida en el párrafo segundo *in fine* de dicho precepto comporta, en realidad, una limitación del rigor establecido en el párrafo primero para el cómputo de las faltas de asistencia; mas tal prescripción debe entenderse en sus estrictos términos, es decir, como una limitación que ha de contraerse precisa y exclusivamente a los supuestos específicamente previstos, entre ellos el que ahora nos interesa: tratarse de una baja por un periodo superior a 20 días consecutivos. La decisión de limitar el rigor del cómputo del absentismo mediante esta previsión legal así entendida (y por tanto contrayéndola exclusivamente a sus propios términos) supone al mismo tiempo el absoluto respeto al requisito legal de la intermitencia, que incluso en su dicción literal (con la conjunción adversativa "pero") expresa la voluntad de la Ley de que en todo caso ha de producirse dicha intermitencia en las faltas de trabajo».<sup>40</sup>

La exigencia de la intermitencia de las ausencias ha comportado la cuestión de si la misma debía considerarse acreditada en aquellos supuestos en que pese a producirse diferentes faltas de asistencia de un trabajador que se encuentran separadas en el tiempo, las mismas derivan de un único proceso patológico, habiendo dado lugar esta cuestión a pronunciamientos judiciales contradictorios. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006 ha venido a resolver definitivamente esta cuestión al considerar que «la exención establecida en el apartado segundo de la letra d) del indicado artículo, en orden a no computar como faltas de asistencia determinados periodos de enfermedad, dispone claramente que ello será así "cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos", de modo que huelga hablar de que los periodos de baja se deban o no a la misma enfermedad, cuestión esta que se tiene en cuenta a otros efectos, mientras se exija que la duración supere los 20 días consecutivos. En otras palabras,

<sup>40</sup> A partir de esta resolución judicial MORALES VÁLLEZ, E.: «La extinción del contrato por causas objetivas: el absentismo laboral», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2011, concluye que «el Tribunal Supremo ha llegado a la conclusión de que la intermitencia de las faltas de asistencia es un requisito inexcusable para adoptar la decisión extintiva que autoriza el artículo 52 d) del ET, de manera que si las ausencias son consecutivas o existe una única ausencia prolongada la extinción habrá de declararse improcedente, y no podrá acudir a la aplicación de esta causa extintiva».

aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de 20 días y la suma superaría este límite pero no sería de "días consecutivos"». <sup>41</sup>

#### 2.4. Faltas de asistencia justificadas computables y no computables

El artículo 52 d) del ET delimita las faltas de asistencia justificadas computables y no computables a los efectos de lo dispuesto en dicho precepto. En este punto, como ya se ha indicado, las novedades introducidas por la Ley 35/2010 se han limitado a incorporar entre las faltas de asistencia no computables a efectos de dicho precepto a las que derivan del riesgo durante la lactancia y de la paternidad, mientras que el Real Decreto-Ley 3/2012 no ha incidido de ningún modo en esta materia.

Llama la atención que el artículo 52 d) del ET lleve a cabo la delimitación entre faltas de asistencia justificadas computables y no computables exclusivamente desde un punto de vista negativo, es decir, señalando aquellas faltas de asistencia al trabajo que no se computarán como tales, sin identificar de un modo expreso las que sí deberán ser computadas. Pese a ello, la enumeración de faltas de asistencia justificadas no computables permite, a su vez, delimitar *a sensu contrario* en mayor o menor medida las faltas de asistencia justificadas que sí resultan computables.

En cualquier caso, resulta evidente que el artículo 52 d) del ET recoge un concepto matizado de absentismo, puesto que no comprende en este concepto todas y cada una de las faltas de asistencia al trabajo, sino que por el contrario atiende a la causa que desencadena la ausencia al trabajo, distinguiendo entre las ausencias que se toman en consideración y las ausencias que carecen de cualquier relevancia en orden a la causa extintiva recogida en el citado precepto. En estos últimos supuestos, el empresario debe soportar las ausencias de sus trabajadores, sin que le sea posible proceder a la causa de extinción del contrato prevista en el artículo 52 d) del ET, con independencia de que estas faltas de asistencia le ocasionen un perjuicio y le comporten una excesiva onerosidad. Ello supone, sin lugar a dudas, una importante matización del rigor de este precepto al reducirse de un modo muy significativo las ausencias justificadas que pueden dar lugar a la extinción del contrato de trabajo, limitándose de este modo su operatividad. <sup>42</sup>

Como sucede con cualquier enumeración, la primera cuestión que la misma plantea es la de determinar si se trata de una lista exhaustiva que fija de un modo definitivo las faltas de asistencia no computables a los efectos del artículo 52 d) del ET, o si, por el contrario, se trata de un listado enunciativo o ejemplificativo que permite extender a otras faltas de asistencia al trabajo la nota de no ser computables

<sup>41</sup> NSJ026973. Un comentario de esta sentencia en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «La "intermitencia" en las bajas por enfermedad y la resolución del contrato por falta de asistencia», *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 732, 2007. Esta doctrina se ha ratificado, entre otras, en la STS de 27 de noviembre de 2008 (NSJ028347) y STS de 31 de enero de 2008 (NSJ030665). Asimismo, esta doctrina del Tribunal Supremo ya ha sido recogida en numerosas sentencias de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, como es el caso de la STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2010 (rec. núm. 5786/2009), que si bien considera que la opción contraria sería «sugestiva y razonable» aplica la doctrina del Tribunal Supremo expuesto. *Vid.* también, STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 2007 (rec. núm. 5329/2007), STSJ de Navarra de 25 de octubre de 2007 (rec. núm. 530/2007), STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2006 (rec. núm. 452/2005), etcétera.

<sup>42</sup> De la misma opinión ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 406.

para justificar esta causa de extinción contractual. La cuestión no es baladí puesto que si se considera que el listado es enunciativo o ejemplificativo podrán incluirse otros supuestos no contemplados expresamente en la norma y, por tanto, considerar que los mismos no deben ser computados a los efectos de esta causa de extinción del contrato; por el contrario, si la lista es exhaustiva, cualquier ausencia no contemplada en el mismo podrá ser tenida en cuenta para integrar esta causa de extinción del contrato.

En este punto se distinguen dos posicionamientos opuestos. Un sector doctrinal considera que nos encontramos ante una lista exhaustiva a la que no cabe asimilar otras faltas de asistencia justificadas no mencionadas de forma expresa, toda vez que se considera que de la literalidad del precepto no se desprende la voluntad legislativa de considerar asimiladas a las faltas enumeradas de forma expresa otro tipo de inasistencias.<sup>43</sup> Se entiende que a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, que no señalaba aquellas ausencias que no debían computarse para poder aplicar este precepto, el legislador ha optado por una enumeración clara de aquellas faltas que no han de computarse, e incluso en varias ocasiones, como ha sucedido con la reforma introducida por la Ley 35/2010, se ha estimado conveniente la modificación de la redacción del artículo 52 d) del ET para incluir otras causas distintas a las diseñadas inicialmente. A tal efecto se indica que si la lista fuera meramente enunciativa o ejemplificativa no hubiera sido necesario proceder a la inclusión expresa de otras ausencias justificadas. A este argumento se añade, además, que el redactado de las ausencias incorporadas de forma expresa no responde a enunciados o formulaciones genéricas sino que contempla exactos supuestos de hecho, a los que se anudan las consecuencias jurídicas de su imposibilidad de ser tenidos en cuenta para motivar esta clase de despido.<sup>44</sup> A pesar de ello, estos autores reconocen que en la praxis la aplicación del artículo 52 d) del ET se limita a los supuestos de baja por enfermedad común de corta duración.

En apoyo a esta tesis se citan diferentes resoluciones judiciales que parecen abogar por el carácter de lista cerrada de la enumeración de ausencias no computables que contiene el artículo 52 d) del ET. A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 21 de septiembre de 2004 establece que «el párrafo segundo del artículo 52 d) del ET se encarga de precisar que no computarán, como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior de esta norma, determinado tipo de ausencias, que concreta en unas específicas, en lista cerrada».<sup>45</sup>

Otro sector doctrinal considera que la enumeración de las causas tiene carácter enunciativo y no taxativo o exhaustivo con base en diferentes motivos. Para ello fundamentalmente se atiende a la propia redacción del precepto, interpretándolo, en tanto que causa de despido, de un modo restrictivo, considerándose que el mismo no establece que hayan de excluirse solamente las faltas de asistencia justificadas en el mismo contempladas. En consecuencia, se considera que nos encontramos ante un listado abierto que permite asimilar a las ausencias justificadas contempladas otras no tenidas en cuenta por el legislador.<sup>46</sup> A partir de esta consideración y de los supuestos enunciados de forma

<sup>43</sup> Vid. ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La extinción...» *op. cit.*, pág. 415.

<sup>44</sup> Vid. ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: «Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2006, versión digital (BIB 2006/475) y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «La "intermitencia"...» *op. cit.*

<sup>45</sup> Rec. núm. 312/2004. En la misma dirección, la STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004 (rec. núm. 420/2004) que indica que estas causas «se enumeran taxativamente» y la STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2003 (NSJ014296) que también considera que la lista del artículo 52 d) del ET se conforma como «una lista cerrada».

<sup>46</sup> Vid. DURÁN LÓPEZ, F.: «La excesiva morbilidad...» *op. cit.*, pág. 227; BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción... op. cit.*, págs. 345 y ss. y ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 406.

expresa en el último párrafo del artículo 52 d) del ET se concluye que todos aquellos supuestos en los que la prestación laboral no es exigible por parte del empresario quedan al abrigo del ámbito de excepción que se diseña, no taxativamente, en la norma.<sup>47</sup>

Una vía de superación de esta controversia se centra en tener presentes las ausencias al trabajo que de conformidad con el párrafo segundo del artículo 52 d) del ET sí se computan como faltas de asistencia justificadas, a saber, el supuesto de las ausencias por enfermedad o accidente no laboral inferiores a una determinada duración y/o no certificadas adecuadamente, y no las ausencias que no se computan. Con ello, como se ha indicado por la doctrina, se pone de manifiesto el carácter excepcional de las ausencias computables, estableciéndose el criterio interpretativo de que las ausencias justificadas al trabajo no se computan en principio, salvo aquellas respecto a las que así lo disponga el propio artículo 52 d) del ET y no el contrario, que es el que aparentemente se desprende del precepto, de que se computan todas las ausencias salvo las que se excluyen expresamente por el texto legal. Con ello se evita la cuestión de si la enumeración de las ausencias no computables contenida en el precepto es exhaustiva o ejemplificativa, siendo lo fundamental la afirmación de que solo se computan aquellas faltas justificadas que el artículo 52 d) del ET establece clara y decididamente.<sup>48</sup> A tal efecto, cabe concluir que las causas de asistencia justificadas sí computables quedan limitadas a las que encuentran su origen en bajas por enfermedad o accidente no laboral iguales o inferiores en su duración a 20 días consecutivos o no acordadas por los servicios sanitarios oficiales.

De conformidad con este criterio nos centraremos, en primer lugar, en determinar el alcance de aquellas ausencias justificadas al trabajo computables a los efectos del artículo 52 d) del ET. A tal efecto, este precepto viene a establecer *a sensu contrario* que computarán como faltas de asistencia aquellas que reúnan los siguientes elementos: a) que se trate de una enfermedad o accidente no laboral; b) que tengan una duración igual o inferior a 20 días consecutivos, o bien, que la baja no haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales. Veamos en qué consisten cada uno de estos requerimientos.

La primera exigencia de que la causa de la ausencia se trate de una enfermedad o accidente no laboral plantea la cuestión de si bajo esta acepción se incluyen todos los supuestos de enfermedad con independencia del origen de la misma o si, por el contrario, deben incluirse únicamente las enfermedades comunes, quedando al margen de las faltas de asistencia justificadas computables las que encuentran su origen en una enfermedad profesional. La duda se plantea en la medida en que a diferencia de lo que sucede con el accidente, respecto al que se prevé que únicamente compute el no laboral –especificándose además de forma expresa que no será computable el accidente de trabajo–, en relación con la enfermedad no se distingue de forma expresa entre enfermedad común o profesional, efectuándose al respecto una referencia genérica a la «enfermedad». Pese a ello, resulta evidente que las enfermedades profesionales deben recibir en este punto el mismo tratamiento que los accidentes de trabajo por coherencia sistemática, tradición normativa y por la relación intrínseca existente entre ambas situaciones.<sup>49</sup>

En consecuencia, al originarse la ausencia al trabajo en los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional con ocasión o como consecuencia del trabajo realizado para el empresario, en su

<sup>47</sup> Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo... op. cit.*, pág. 241.

<sup>48</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, págs. 187 y 188.

<sup>49</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, pág. 190.

ámbito de dirección y organización, el legislador considera que debe flexibilizarse el rigor de la facultad que se atribuye al mismo de rescindir aquellos contratos de trabajo que dadas las ausencias intermitentes del trabajador le resultan especialmente onerosos, lo que obliga a otorgar a ambas situaciones un mismo tratamiento. En definitiva, únicamente podrán computarse como ausencias al trabajo justificadas a los efectos del artículo 52 d) del ET aquellas debidas a enfermedades comunes y accidentes no laborales.

Junto a la exigencia de que se trate de una ausencia derivada de una enfermedad común o de un accidente no laboral, el artículo 52 d) del ET contempla una segunda exigencia que, sin embargo, se formula de un modo alternativo, ya que puede consistir en que la ausencia tenga una duración igual o inferior a 20 días consecutivos, o bien, en que la baja no haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales. Respecto a la primera posibilidad, se exige que la duración de la baja sea igual o inferior a 20 días consecutivos computados desde el momento en que se produce la incapacidad hasta la fecha de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. No olvidemos al respecto que el artículo 52 d) del ET excluye del cómputo de las ausencias por enfermedad y accidente no laboral las que tengan una duración de más de 20 días consecutivos. Con la fijación de esta duración se dota de seguridad jurídica a la distinción entre aquellas bajas esporádicas o de breve duración de difícil control y que frustran las expectativas o previsiones económicas que tenía el empresario en el momento de la formalización del contrato y que, por tanto, le habilitan para extinguir el contrato, de aquellas bajas de larga duración mucho más controlables y que de permitir la extinción contractual supondrían una quiebra en los derechos del trabajador. Con toda probabilidad esta opción es heredera de los numerosos conflictos que suscitó la regulación anterior de la materia que únicamente hacía mención al concepto jurídico indeterminado de una «incapacidad continuada de larga duración» sin precisar qué debía entenderse por esta y obligando a determinar esta circunstancia en cada caso y, por extensión, cuándo era posible emplear esta vía de extinción.

A tal efecto, para que la ausencia por enfermedad o accidente no laboral no sea computable, el artículo 52 d) del ET exige que la misma tenga una duración de más de 20 días, los cuales además deberán ser en todo caso consecutivos y, en consecuencia, tendrán que desarrollarse de forma continuada y sin interrupción. Llama la atención que se haya fijado en más de 20 días la duración a partir de la cual no computa la ausencia por enfermedad o accidente no laboral. A tal efecto se ha propuesto el incremento del límite de la duración de las incapacidades temporales computables, en la medida en que dada la proceduralización de las bajas médicas –los partes de confirmación se emiten con periodicidad semanal y, consecuentemente, el alta también– el límite debería superar al menos los 21 días.<sup>50</sup>

La exigencia de que la ausencia por enfermedad o accidente no laboral tenga una duración de más de 20 días ha propiciado que, como ya se ha indicado con anterioridad, a los efectos de determinar la duración total de la ausencia del trabajador no se sumen sus diferentes periodos de baja si se encuentran separados en el tiempo aunque estos deriven de un mismo proceso patológico. Baste recordar en este punto la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006 [NSJ026973] que ha venido a resolver definitivamente esta cuestión al considerar que «la exención establecida en el apartado segundo de la letra d) del indicado artículo, en orden a no computar como faltas de asistencia determinados periodos de enfermedad, dispone claramente que ello será así "cuan-

<sup>50</sup> Vid. 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*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 94.

do la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos", de modo que huelga hablar de que los periodos de baja se deban o no a la misma enfermedad, cuestión esta que se tiene en cuenta a otros efectos, mientras se exija que la duración supere los 20 días consecutivos. En otras palabras, aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de 20 días y la suma superaría este límite pero no sería de "días consecutivos"».

El requerimiento de que los días de baja sean consecutivos supone también que aquellas bajas que se extiendan a lo largo de una serie de días correspondientes a dos meses distintos deban ser consideradas como un único periodo de baja, de manera que si se rebasa el periodo de 20 días la misma no pueda ser tenida en cuenta para el cálculo del absentismo, sin que, por tanto, sea posible proceder a una ruptura artificial de la ausencia y contabilizar por un lado las pertenecientes a un mes y, por otro, las integradas en el siguiente.<sup>51</sup>

Cabe plantear también la cuestión de si los 20 o menos días consecutivos de baja por enfermedad o accidente exigidos por el artículo 52 d) del ET para que la falta de asistencia justificada sea computable deben ser días hábiles o naturales, no en vano, a pesar de que nada se dice al respecto, el propio artículo 52 d) del ET, como se indicará más adelante, acude a las jornadas hábiles para calcular el nivel de absentismo del trabajador. Pese a ello, todo hace pensar que para la determinación de las bajas por enfermedad común o accidente no laboral que deben ser computadas a los efectos de este artículo, el cómputo de los 20 días debe efectuarse por días naturales, puesto que lo que se trata de saber no son los días de ausencia, sino la duración de la incapacidad.<sup>52</sup> Este es el criterio adoptado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2004 que frente a las alegaciones de una de las partes que consideraba que la referencia que se contiene en el párrafo segundo del artículo 52 d) del ET a los periodos de baja que no deben entrar en el cómputo de las ausencias debe entenderse hecha a días hábiles y no naturales, tal como se hace en la resolución recurrida, dado que la finalidad del precepto no es otra que combatir el excesivo absentismo, mantiene que dicha interpretación no se adecua al espíritu y literalidad del precepto que habla de «días consecutivos».<sup>53</sup>

Únicamente con posterioridad, cuando definitivamente la baja se puede computar a los efectos de absentismo por exceder de los 20 días naturales consecutivos, es cuando los días que deberán integrarse en el cómputo serán exclusivamente aquellos en los que hubiera habido obligación de trabajar.<sup>54</sup> En esta dirección, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de julio de 2007 establece para estos supuestos que «no cabe computar toda la ausencia por IT, sin discriminar los días no laborables, si como referencia se toman solo los días laborables de esos dos meses».<sup>55</sup>

<sup>51</sup> A tal efecto, la STSJ de Navarra de 26 de julio de 2004 al contemplar un periodo de baja por bronquitis aguda que se extiende durante dos mensualidades distintas concluye que se trata «de un solo proceso por "bronquitis aguda" que se prolongó, sin solución de continuidad, en el periodo indicado, no siendo factible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 d) de la Ley Estatutaria escindirlo en dos partes, computando los índices de absentismo de los días de septiembre y octubre por separado».

<sup>52</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, pág. 194.

<sup>53</sup> Rec. núm. 960/2004. Vid. también, STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2003 (NSJ014296).

<sup>54</sup> Vid. ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E.: *El despido... op. cit.*, pág. 50.

<sup>55</sup> Rec. núm. 1444/2007.

Junto con la circunstancia de que la ausencia tenga una duración igual o inferior a 20 días consecutivos, como ya se ha indicado, el artículo 52 d) del ET contempla un segundo supuesto alternativo que también comporta que la ausencia por enfermedad común o accidente no laboral sea computable a los efectos de dicho precepto consistente en que la baja no haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales. En consecuencia, mientras que las ausencias acordadas por los servicios sanitarios oficiales computarán según su duración, es decir, siempre que tengan una duración igual o inferior a 20 días consecutivos, las ausencias por enfermedad común o accidente no laboral no acordadas por los servicios sanitarios oficiales computarán siempre con independencia de su duración. Parece claro que en estos supuestos la oficialidad del parte de baja es la que se erige en elemento clave para la justificación de las ausencias, de modo que si las ausencias no están acordadas por los servicios sanitarios oficiales las mismas computarán en todo caso a los efectos del artículo 52 d) del ET. En cualquier caso, a pesar de que la norma se remite a las bajas que hayan sido acordadas por los servicios médicos oficiales, es decir, por los servicios sanitarios de la Seguridad Social, en la medida en que el artículo 68 de la Ley General de la Seguridad Social establece la posibilidad de que las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboren, en los supuestos en que así lo haya elegido el empresario, en la gestión de las contingencias comunes, también deben ser consideradas válidas a los efectos del artículo 52 d) del ET las ausencias acordadas por los servicios médicos de los que estas disponen.

Vistos los supuestos de ausencias computables para justificar la extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo 52 d) del ET, la plena delimitación de las mismas exige detenerse, aunque sea de un modo muy breve, en los supuestos que se identifican de un modo expreso en dicho precepto como supuestos de ausencias no computables a tal efecto, los cuales, de un modo sorprendente a penas se han visto afectados por las últimas reformas laborales.

Las primeras ausencias no computables que se recogen en el artículo 52 d) del ET se refieren a «las debidas a huelga general por el tiempo de duración de la misma». Ya con anterioridad a la incorporación de las ausencias motivadas por el ejercicio del derecho de huelga en este artículo del ET la jurisprudencia había entendido como no computables, a los efectos del despido objetivo, las ausencias motivadas por el ejercicio de este derecho. Cualquier otro tratamiento de esta materia supondría conceptualizar al derecho de huelga como una mera declaración programática. Obviamente, el precepto debe entenderse referido a los supuestos de ejercicio de una huelga legal. No en vano, si la misma fuera calificada como una huelga ilegal no nos encontraríamos ante una ausencia justificada, sino ante una falta injustificada de asistencia al trabajo que habilitaría al empresario para que, en su caso, pudiera proceder al despido disciplinario del trabajador.

La segunda ausencia no computable que se enumera es la relativa al «ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores». A pesar de que el enunciado de esta ausencia no computable parece ir referida a los representantes legales de los trabajadores, es decir, delegados de personal y miembros del comité de empresa, el espíritu del precepto parece querer amparar también a los representantes sindicales cuando los mismos ejercen facultades de representación. Respecto a las ausencias que han de ser computadas deben ser incluidas en este supuesto las vinculadas al crédito horario legal o convencionalmente previsto, así como también a cualesquiera otras ausencias motivadas por el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores aun cuando el mismo no sea retribuido por ello.<sup>56</sup> En

<sup>56</sup> En esta dirección se pronuncia GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, págs. 199 y 200.

caso contrario, se estaría limitando de un modo injustificado el ejercicio de un derecho legítimamente ostentado por su titular,<sup>57</sup> sin perjuicio de que mientras que cuando las funciones representativas se realizan dentro del crédito horario juega la presunción de que el trabajador está realizando tareas representativas, cuando las mismas se llevan a cabo fuera del mismo puede resultar necesaria su prueba.<sup>58</sup> Por el contrario, quedan excluidas de esta previsión las actividades de representación ilegal, que podrían ser oportunamente sancionadas en virtud del poder disciplinario que el empresario ostenta.<sup>59</sup>

La tercera mención a las faltas de asistencia no computables se dirige al «accidente de trabajo». En este punto resulta especialmente sorprendente que no hayan sido incluidas también de forma expresa las enfermedades profesionales, lo cual pone especialmente de manifiesto el carácter no exhaustivo sino meramente enunciativo de los supuestos enumerados en el artículo 52 d) del ET como faltas de asistencia no computables. Pese a este injustificable olvido no cabe duda de que las enfermedades profesionales deben ser equiparadas al accidente de trabajo y, en consecuencia, no pueden ser tenidas en cuenta para la causa extintiva prevista en el artículo 52 del ET.<sup>60</sup> Tanto en el accidente de trabajo como en la enfermedad profesional al encontrarse el origen de la ausencia del trabajador en los perjuicios sufridos con motivo de la actividad laboral desempeñada por el mismo, no parece admisible que además este deba asumir las consecuencias negativas derivadas de la inasistencia al trabajo, sino que las mismas deben ser asumidas por el empresario. Además, en estos supuestos la sospecha de fraude, que suele justificar el recurso a esta causa de extinción, sino anulada completamente se encuentra muy mitigada. La reforma llevada a cabo mediante Ley 35/2010 perdió una excelente ocasión para paliar esta omisión incorporando de forma expresa a la enfermedad profesional como ausencia no computable a los efectos del artículo 52 d) del ET.

Un cuarto grupo de ausencias no computables comprende la maternidad, el riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia y la paternidad. Como ya se ha indicado, el alcance actual de este grupo de ausencias es el resultado de la reforma introducida por la Ley 35/2010 que procedió a incorporar entre las faltas de asistencia no computables a efectos de dicho precepto a las que derivan del riesgo durante la lactancia<sup>61</sup> y de la paternidad. Con esta previsión se pone fin a otro olvido injustificable del legislador en este punto vigente desde que mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se creó el permiso por paternidad y la suspensión por riesgo durante el embarazo y la lactancia.<sup>62</sup> Esta enmien-

<sup>57</sup> Vid. DURÁN LÓPEZ, F.: «La excesiva morbilidad...» *op. cit.*, pág. 229. El autor considera que las actividades de representación posibles no pueden venir delimitadas y constreñidas al solo y exclusivo tiempo que el crédito de horas cubre.

<sup>58</sup> Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «La extinción por causas objetivas...» *op. cit.*, pág. 93 y ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 411.

<sup>59</sup> Vid. DURÁN LÓPEZ, F.: «La excesiva morbilidad...» *op. cit.*, pág. 229.

<sup>60</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* *op. cit.*, pág. 189 y PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo...* *op. cit.*, pág. 28.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: «Despidos objetivos», en CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (coords.): *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, Murcia: Ediciones Laborum, 2010, pág. 197, indica que con la reforma se pone al mismo nivel, desde el punto de vista de las ausencias que no computan, las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia.

<sup>62</sup> En este punto, con anterioridad a la reforma PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo...* *op. cit.*, pág. 29, ya llamaban la atención sobre la ausencia de estos supuestos, si bien, consideraban que los mismos debían asimilarse a otros supuestos suspensivos contractuales. En la misma dirección, ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUEIRAL, E.: *La reforma laboral 2010*, Madrid: Wolkers Kluwers, 2010, pág. 65, consideran que era innecesario especificar estos supuestos «pues, de hecho, ya se venían excluyendo –por simple sentido común y racionalidad–, habiéndose pronunciado así, incluso, algunas sentencias». Vid. también, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción...* *op. cit.*, pág. 343.

da, sin embargo, pone aún más de manifiesto si cabe la ausencia de referencia alguna a las ausencias derivadas de adopción o acogimiento que, sin ningún género de dudas, también resultan excluidas del cómputo de faltas de asistencia justificativas de la extinción del contrato por causas objetivas prevista en el artículo 52 d) del ET.<sup>63</sup> Además, todas estas situaciones se encuentran exentas de cualquier sospecha de que el trabajador ha actuado fraudulentamente, puesto que se trata de situaciones fácilmente comprobables.

Un quinto grupo de ausencias no computables agrupa a las licencias y vacaciones. Respecto a las licencias, la jurisprudencia ha evidenciado que deben incluirse tanto las retribuidas como aquellas que no sean remuneradas, siempre, claro está, que se encuentren justificadas y estén reconocidas por la empresa que las otorga.<sup>64</sup> En consecuencia, las citadas licencias pueden tener un origen legal, convencional o contractual, siendo necesario en todo caso que las mismas se encuentren oportunamente justificadas. A tal efecto, los tribunales han incluido de forma expresa licencias para concurrir a exámenes, licencias previstas en los desplazamientos de duración superior a tres meses, licencia para nacimiento de hijo, fallecimiento, accidente o enfermedad grave de parientes hasta el segundo grado, para el ejercicio de cargos públicos en el ámbito municipal, etcétera.

En relación con las vacaciones su inclusión entre las ausencias no computables resulta también sorprendente en la medida en que no suponen un verdadero supuesto de ausencia al trabajo sino un supuesto de interrupción de la relación laboral en la que no existe obligación de trabajar. Ahora bien, habiendo optado el legislador por incluir las vacaciones entre las faltas de asistencia no computables llama la atención que al mismo tiempo no haya incluido las otras interrupciones periódicas de la prestación laboral, es decir, el descanso diario, el descanso semanal y los días festivos, pese a lo cual, debe concluirse que también quedan fuera del cómputo de faltas de asistencia a los efectos del artículo 52 d) del ET, puesto que las faltas de asistencia al trabajo a las que se refiere dicho precepto se predicen únicamente de las jornadas hábiles.<sup>65</sup>

La sexta ausencia no computable a la que se refiere el artículo 52 d) del ET constituye el reverso de las ausencias al trabajo que hemos considerado computables a los efectos de este precepto. A tal efecto, si hemos concluido que computarán como faltas de asistencia aquellas que se deban a una baja por enfermedad o accidente no laboral que tenga una duración igual o inferior a 20 días consecutivos, o bien, que no haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales, ahora de un modo coherente el artículo 52 d) del ET nos indica que no se computarán como faltas de asistencia aquellos supuestos en que la baja derivada de enfermedad o accidente no laboral haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos. Habiendo sido ya objeto de

<sup>63</sup> Vid. ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 412. En la misma dirección, LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo...», *op. cit.* indica que «pese a la omisión, habrá que entender que la protección que resulta de la calificación de las ausencias como no computables debe extenderse también a estos supuestos cuya identidad de razón respecto a otros expresamente señalados no admite discusión».

<sup>64</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de diciembre de 1997 (rec. núm. 3786/1996) y STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de enero de 2008 (rec. núm. 1231/2007).

<sup>65</sup> En esta dirección, la STSJ de Madrid de 24 de junio de 2005 (rec. núm. 2250/2005) no comparte el criterio empresarial que había computado las ausencias del trabajador durante el fin de semana, al considerar que «no se comparte este cómputo, pues el precepto habla de faltas de asistencia al trabajo y de jornadas hábiles, y por ello tanto respecto a las faltas como al total de las jornadas ha de estarse a los días laborables».

análisis aquellas ausencias debidas a enfermedad común y accidente no laboral que deben ser computadas a los efectos del artículo 52 del ET, nos remitimos a lo ya expuesto en su momento.

Las últimas faltas de asistencia no computables a las que se refiere el precepto que nos ocupa comprenden aquellas «motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda». Esta previsión comprende aquellos supuestos previstos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, es decir, los supuestos en que una mujer haya sido objeto de violencia de género, pudiéndose acreditar tal situación mediante una orden de protección o, en su defecto, mediante informe positivo del ministerio fiscal. Asimismo se exige que esta situación provoque un deterioro físico o psicológico en la trabajadora que también deberá ser acreditado mediante el correspondiente informe emitido por los servicios sociales de atención a las mujeres objeto de violencia de género o bien por los servicios de salud correspondientes. Por el contrario, no se hace ninguna mención expresa en el precepto a otras formas de violencia de las que pudiera ser víctima el trabajador, de modo que las mismas quedarán fuera de esta previsión.

En este punto cabe recordar que la enmienda 649 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso propone una nueva falta de asistencia no computable a los efectos de esta causa de extinción del contrato, en particular «las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave».

Como puede observarse, el listado de ausencias no computables plantea numerosas dudas sobre si otras muchas ausencias que se pueden asimilar sin dificultad a las expresamente recogidas deben ser o no computadas. Por ello resulta especialmente criticable que las últimas reformas de esta causa de extinción del contrato se hayan limitado a incorporar entre las faltas de asistencia no computables a efectos de dicho precepto a las que derivan del riesgo durante la lactancia y de la paternidad, sin efectuar mención alguna a otros supuestos igualmente problemáticos. En este punto, hubiera sido deseable que las recientes reformas laborales hubieran procedido a identificar de un modo expreso y sin dejar lugar a dudas las ausencias que sí deban ser computadas a los efectos del artículo 52 d) del ET y, en consecuencia, *a sensu contrario*, las ausencias que en ningún caso pueden serlo.<sup>66</sup>

### 3. El nivel de absentismo relevante a los efectos del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores

#### 3.1. *La necesaria relevancia del absentismo como causa justificativa de la extinción del contrato de trabajo: de la concurrencia de absentismo individual y de absentismo colectivo a la valoración exclusiva del absentismo individual*

Como ya se ha indicado anteriormente, el artículo 52 d) del ET no habilita al empresario a extinguir el contrato de los trabajadores ante cualquier ausencia de los mismos, sino que únicamente se apareja esta posibilidad a aquellos supuestos de absentismo que el legislador considera suficien-

<sup>66</sup> ROMERO BURILLO, A.M.: «La reformulación de las causas de extinción del contrato de trabajo: la nueva regulación del absentismo laboral», comunicación presentada a las *XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, Lleida, 10 y 11 de marzo de 2011, pone de manifiesto lo sorprendente que resulta que la reforma laboral del 2010 no haya incidido de un modo más profundo en la delimitación de los supuestos no computables a los efectos de esta causa extintiva del contrato de trabajo.

temente relevantes.<sup>67</sup> Tradicionalmente, esta relevancia o suficiente entidad del absentismo se había vinculado al cumplimiento simultáneo de una doble exigencia cuantitativa:

- a) La primera exigencia, que se mantiene inalterada tras el Real Decreto-Ley 3/2012, consiste en que el número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje. Esta exigencia, a su vez, puede verse satisfecha por dos vías distintas: a) cuando las faltas de asistencia alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos; y b) cuando las faltas de asistencia alcancen el 25 por 100 de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.
- b) La segunda exigencia, suprimida tras el Real Decreto-Ley 3/2012, consistía en que el resto de la plantilla del centro de trabajo también superara una determinada barrera de absentismo en los mismos periodos de tiempo tenidos en cuenta para determinar las faltas de asistencia del trabajador, la cual, si bien se había fijado inicialmente en un 5 por 100, tras la reforma introducida por la Ley 35/2010 quedó reducida al 2,5 por 100.

En consecuencia, la relevancia o suficiente entidad del absentismo no se vinculaba únicamente a las ausencias al trabajo del trabajador en cuestión, es decir, al absentismo individual del mismo, sino que también se exigía que el resto de la plantilla del centro de trabajo superara una determinada barrera de absentismo colectivo en los mismos periodos de tiempo que se han tenido en cuenta para determinar las faltas de asistencia del trabajador y que tras la reforma introducida por la Ley 35/2010 se había situado en el 2,5 por 100.

El Real Decreto-Ley 3/2012, sin embargo, ha procedido a eliminar la exigencia de un determinado nivel de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo para que pueda operar la causa de extinción del contrato prevista en el artículo 52 d) del ET, de modo que a partir de dicha norma para que las ausencias al trabajo del trabajador sean relevantes a los efectos de esta causa de extinción del contrato será suficiente con que el número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje, a saber, que las faltas de asistencia alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o bien, que las faltas de asistencia alcancen el 25 por 100 de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.

Pese a la supresión de la exigencia de un índice determinado de absentismo colectivo consistente en que el resto de la plantilla del centro de trabajo también supere una determinada barrera de absentismo en los mismos periodos de tiempo tenidos en cuenta para determinar las faltas de asistencia del trabajador en cuestión, en los próximos apartados no nos limitaremos a analizar el alcance del nivel de absentismo del trabajador exigido ahora de un modo exclusivo para proceder a la extinción de su contrato de trabajo, sino que también analizaremos el hasta ahora vigente requisito de alcanzar un determinado índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo, puesto que de este modo podremos conocer el verdadero alcance que va a tener en la práctica la definitiva supresión de esta exigencia efectuada por el Real Decreto-Ley 3/2012.

<sup>67</sup> En esta dirección, BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J. y NORES TORRES, L.E.: *El despido... op. cit.*, pág. 47, indican que «el texto estatutario se preocupa por delimitar el absentismo que considera relevante a efectos de entender justificada la extinción del contrato y para ello exige que el mismo presente cierta entidad». En idénticos términos ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 400, indica que «el absentismo, para ser causa de despido objetivo, ha de presentar una cierta entidad».

### 3.2. El nivel de absentismo del trabajador

#### 3.2.1. El porcentaje de absentismo individual

La exigencia contenida en el artículo 52 d) del ET de que el número de faltas de asistencia al trabajo de un mismo trabajador necesarias para justificar la extinción de su contrato alcancen un determinado porcentaje puede ser satisfecha de dos formas distintas. En primer lugar, que las faltas de asistencia alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos y, en segundo lugar, que las faltas de asistencia alcancen el 25 por 100 de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, correspondiendo al empresario la elección de uno u otro módulo de cálculo de conformidad con las circunstancias concurrentes en cada caso.

El fundamento de esta doble opción se ha expuesto de un modo muy claro en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005 que ha manifestado al respecto que «el artículo 52 d) del ET formula dos posibilidades de cómputo, o bien las faltas alcanzan el 20 por 100 de jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos (...). Se trata de, o bien de 2 meses o bien de 4. Ese es el extremo relevante para la norma y el hecho de que no se tenga en cuenta un solo mes y de que el periodo se prolongue a 2 o 4 meses tiene por objeto registrar una inasistencia persistente, con reducción o aumento proporcional del porcentaje». Según el Alto Tribunal, «en el caso de los 2 meses, estos serán consecutivos y el volumen de faltas, el 20 por 100 de las jornadas hábiles. En el caso de los 4 meses, estos serán discontinuos, en un periodo de 12 y el volumen de faltas se eleva al 25 por 100. A un periodo menos prolongado y más concentrado corresponde un porcentaje inferior, a un periodo no solo más largo sino más dilatado debido a su discontinuidad, se eleva el porcentaje al 25 por 100».

En definitiva, la exigencia de que la inasistencia al trabajo deba prolongarse por un espacio de 2 meses o de 4 meses discontinuos encuentra su fundamento en no endurecer en demasía esta forma de extinción del contrato como sucedería si se refiriera únicamente a un mes concreto. Asimismo, existe una relación directa entre el periodo de referencia que se tome en cuenta y el porcentaje de ausencias exigido, de modo que a un periodo de referencia más corto –2 meses– se exige un menor porcentaje de ausencias –el 20%–, mientras que a un periodo de referencia más extenso y dilatado en el tiempo –4 meses en un periodo de referencia de 12– se exige un porcentaje de ausencias más elevado –el 25%–.

Una vez se ha optado por cualquiera de los dos módulos de cálculo de las ausencias del trabajador, a saber, el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos y el 25 por 100 de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, del tenor literal del precepto se desprende que es suficiente con que las ausencias al trabajo alcancen los citados porcentajes sin que sea necesario que los mismos se superen.<sup>68</sup>

A pesar de que *a priori* el porcentaje de faltas de ausencia exigidas para justificar el recurso a esta vía de extinción del contrato de trabajo –el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos o el 25% de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses– puede parecer elevado, si se cuantifica de un modo más concreto se observa que puede recurrirse a esta vía

<sup>68</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* op. cit., pág. 210, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo...* op. cit., pág. 222.

de extinción del contrato cuando concurre un número relativamente bajo de ausencias del trabajador. En esta dirección, a título de ejemplo se ha indicado que el porcentaje del 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos puede verse satisfecho con 9 días laborales de ausencia, ya que las mismas pueden representar el exigido 20 por 100 del total de días laborales en un periodo de 2 meses ordinarios, que pueden ser 42 días. En estos supuestos, es cuando menos cuestionable que con estas ausencias se pueda frustrar el interés empresarial en la vigencia de la relación laboral.<sup>69</sup> El limitado número de ausencias del trabajador que pueden satisfacer los parámetros exigidos por el artículo 52 d) del ET resulta mucho más preocupante tras la reforma laboral introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, puesto que ante la eliminación del requisito del absentismo colectivo, las mismas pueden justificar por sí solas la extinción del contrato de trabajo del trabajador ausente.

En este punto cabe recordar que la enmienda 649 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso introduce un nuevo parámetro para constatar el absentismo individual del trabajador en los supuestos que se acude al módulo temporal de dos meses, al exigir que se alcance el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles. Con esta exigencia se matiza un poco el excesivo rigor de esta previsión, al exigirse que se acredite más claramente la inasistencia persistente del trabajador al trabajo con el consiguiente perjuicio que ello ocasiona al empresario.

El artículo 53 del ET exige para la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, entre otros, el requisito formal de la comunicación escrita al trabajador «expresando la causa». Sobre el nivel de concreción de esta comunicación, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de enero de 1993 ya disponía que aunque no nos encontramos ante un despido disciplinario «dicha comunicación ha de contener una referencia a la causa extintiva lo suficientemente expresiva para que el trabajador pueda organizar su defensa y no se halle en situación de indefensión, concretamente en la del artículo 52 d) viene exigiendo la doctrina que se hagan constar los periodos de inasistencia y la causa de ella». En consecuencia, la citada resolución considera que «este requisito no se cumple en la comunicación empresarial que se limita a decir que "el total de faltas de asistencia han sido 28 días hábiles en un periodo de 4 meses consecutivos dentro de los 12 meses indicados"». Según el Tribunal «dicha referencia es insuficiente para que el trabajador pueda conocer cuáles son las bajas por enfermedad a las que se refiere la carta de extinción del contrato privándole en consecuencia del derecho a combatir tales afirmaciones con las necesarias garantías».<sup>70</sup>

### 3.2.2. Faltas de asistencia en jornadas hábiles

Ya se opte por uno u otro módulo de cálculo de las ausencias del trabajador previstos por la ley, las mismas vienen referidas exclusivamente a jornadas hábiles, de modo que del periodo de referencia que se haya adoptado, a saber, los 2 meses consecutivos o los 4 meses discontinuos dentro de

<sup>69</sup> Vid. GUALDA ALCALÁ, F.J.: «El absentismo como causa...» *op. cit.*, pág. 217.

<sup>70</sup> En esta dirección, GUALDA ALCALÁ, F.J.: «El absentismo como causa...» *op. cit.*, pág. 222, indica que en la comunicación extintiva habrán de concretarse la totalidad de las faltas de asistencia que se imputan al trabajador y que fundamentan la extinción de su contrato de trabajo.

un periodo de 12 meses, deberán eliminarse todas aquellas jornadas que no sean hábiles, tras lo cual deberá calcularse si las ausencias al trabajo del trabajador que finalmente sean computables permiten alcanzar o no los referidos porcentajes del 20 o del 25 por 100 exigidos.<sup>71</sup> GONZÁLEZ ORTEGA expone de un modo muy gráfico cómo debe llevarse a cabo este proceso: «contabilización, por tanto, de solo las jornadas hábiles, excluidos días feriados, vacaciones y festivos, del periodo o periodos de referencia, esto es, 2 meses consecutivos o 4 discontinuos en un periodo de 12 meses. Una vez aplicadas a las magnitudes resultantes los porcentajes correspondientes –el 20 o el 25%, respectivamente– se obtendrán unas cantidades que habrá que comparar con el número de ausencias efectivas computables, en los mismos periodos, del trabajador implicado. El número de estas ausencias para hacer legítimo el despido deberá ser igual (...) o superior a dichos porcentajes».<sup>72</sup> En este punto debe tenerse en cuenta además que si para formular el número de jornadas totales del periodo de referencia se han contabilizado solo las jornadas hábiles, también para integrar el número total de jornadas en las que efectivamente se ha ausentado el trabajador deben tenerse en cuenta las jornadas hábiles. En aplicación de estas reglas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de junio de 2005 considera improcedente la extinción del contrato de un trabajador al considerar que «el precepto habla de faltas de asistencia al trabajo y de jornadas hábiles, y por ello tanto respecto a las faltas como al total de la jornadas ha de estarse a los días laborables».<sup>73</sup>

Habiéndose limitado las ausencias a que pueden ser computadas a efectos de esta causa de extinción del contrato a las que se correspondan con jornadas hábiles, resulta imprescindible acotar qué jornadas hábiles deben tomarse en consideración y, en particular, si deben ser las jornadas hábiles de la empresa o las jornadas hábiles del trabajador en cuestión. La expresión de «jornadas hábiles» empleada por la norma equivale a los días totales del periodo en los que el trabajador debería haber acudido al trabajo y solo respecto de las cuales puede producirse la ausencia.<sup>74</sup> A partir de estas premisas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de mayo de 2005 indica que «solo 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».<sup>75</sup> En definitiva, habrá de estarse a las jornadas previstas como hábiles en el calendario de la empresa, si bien, en los casos en que el trabajador tenga una jornada pactada con días de trabajo y de descanso distintos a los que resultan del calendario de la empresa, habrá que estar a aquella y no a este.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> A tal efecto, la STSJ de Navarra de 17 de mayo de 2005 indica que «son, por ello, las jornadas hábiles que resulten (...) el único referente a tener en cuenta para determinar la procedencia o legitimidad de la decisión empresarial».

<sup>72</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* op. cit., pág. 209. Vid. también BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción...* op. cit., pág. 327, el cual precisa además que «la media jornada de los sábados debe considerarse, a estos efectos, como jornada laboral completa y, consiguientemente, la inasistencia en sábado equivale a inasistencia de una jornada».

<sup>73</sup> Rec. núm. 2250/2005. La resolución considera que «al igual que para el cómputo individual de las bajas, en el colectivo referido al absentismo los términos de la comparación han de ser homogéneos y deben referirse a jornadas laborables, de tal modo que la empresa debería haber acreditado cuántos días de ese total de (...) bajas corresponden a jornadas laborables, para ver si llega la 5 por 100 del total de (...) días laborables que hay en el periodo de agosto-septiembre».

<sup>74</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* op. cit., pág. 208 y ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo...* op. cit., pág. 219. BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción...* op. cit., pág. 327 indica en parecidos términos que la jornada laboral a estos efectos es el tiempo exigible en horas de permanencia en la empresa.

<sup>75</sup> Rec. núm. 320/2005. Vid. BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J.A. y NORES TORRES, LE.: *El despido...* op. cit., pág. 51 y ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» op. cit., pág. 402.

<sup>76</sup> En esta dirección, LUIJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo...» op. cit.

A partir de las premisas expuestas, el empresario puede elegir los periodos de referencia para el cálculo de las ausencias del trabajador que estime oportunos, puesto que como ha puesto de manifiesto alguna resolución judicial ante las alegaciones del trabajador de que el mes de agosto que se había tomado en consideración en el periodo de referencia no era un mes ordinario, concluye que el artículo 52 d) del ET no contiene ninguna base legal que permita excepcionar del cómputo del absentismo determinados meses. A tal efecto se mantiene que el precepto no refiere, ni expresa ni tácitamente, ningún parámetro que posibilite esta interpretación.<sup>77</sup> Una interpretación distinta plantearía una importante inseguridad jurídica al respecto puesto que diferentes meses podrían no ser considerados como ordinarios y, por tanto, no podrían ser tenidos en cuenta a los efectos del artículo 52 d) del ET, como podría ser el supuesto del mes de diciembre, en que coincide la festividad de Navidad y otras festividades, el mes donde se celebre cada año la Semana Santa, etcétera.<sup>78</sup>

### 3.2.3. El arco temporal del absentismo individual

Los porcentajes de faltas de asistencia al trabajo del 20 o del 25 por 100 de las jornadas hábiles, como ya se ha indicado, deben alcanzarse en un periodo de referencia de 2 meses consecutivos o de 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses respectivamente. Este parámetro ha planteado la cuestión de si debe tratarse de 2 o 4 meses naturales o, si bien, pueden fijarse de fecha a fecha. Algún autor ha llegado a proponer hasta tres posibles alternativas a la cuestión planteada, considerando al respecto que la difusa dicción legal de la norma respecto a los meses permite varias interpretaciones, en tanto que «puede interpretarse que el precepto se refiere a meses naturales; puede, desde otro punto de vista, entenderse que los lapsos temporales han de ser de fecha a fecha en los (...) meses elegidos; y cabe, por último, entender también que la norma refiere periodos (...) de 30 días».<sup>79</sup>

Esta cuestión ha sido finalmente resuelta por el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 13 de enero de 2010 que abogaba por que el cómputo debía realizarse de fecha a fecha, en los términos previstos en el artículo 5 del Código Civil. Como sentencia de contradicción invocada en el recurso de casación se cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de octubre de 2006 que mantenía la solución contraria, al considerar que la referencia al término «mes» que el precepto legal contiene ha de entenderse efectuada a los meses naturales.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> STSJ de Navarra de 17 de mayo de 2005 (NSJ019063).

<sup>78</sup> En este sentido, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Cómo se computan, en el despido del trabajador por absentismo, los dos meses consecutivos a los que se refiere la norma?», Comentario a la STSJ de Navarra, de 17 de mayo de 2005», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2005. El autor mantiene «que en el mes elegido por el empresario existan más o menos días laborables es una cuestión, en principio baladí para la averiguación del absentismo, pues no se trata de precisar cuál es el volumen de inasistencia sobre los días naturales del mes elegido, sino de concretar cuál es el porcentaje de inasistencias al trabajo sobre los días que efectivamente había que trabajar en la misma».

<sup>79</sup> Un comentario específico sobre esta materia en ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «¿Cómo se computan...?» *op. cit.*

<sup>80</sup> NSJ043693. Este criterio también es el adoptado en la STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2007 (rec. núm. 4789/2007), la cual mantiene que los meses que deben tenerse en cuenta deben ser naturales coincidentes con los meses del calendario occidental. En el seno de la doctrina, BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J.A. y NORES TORRES, L.E.: *El despido... op. cit.*, pág. 52, abogan por este mismo criterio considerando al respecto que «si se pretendiera amparar un cómputo ajeno a los meses naturales, hubiera sido más acertado aludir no a un periodo de 2 meses, sino a uno de 60 días, de manera análoga a lo que sucede en los artículos 40, 41 y 51 del ET». *Vid.* también, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, pág. 212.

A partir de estos posicionamientos claramente contradictorios, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 tras partir de la premisa de que «no hay en el Estatuto de los Trabajadores, ni en el resto de la legislación reguladora de las relaciones laborales precepto alguno que dé la solución», utiliza un argumento teleológico, al acudir a la finalidad del artículo 52 d) del ET, considerando al respecto que «el despido por faltas de asistencia al trabajo, aunque estén justificadas, tiene por objeto luchar contra el absentismo, cuya influencia negativa en la marcha normal de la relación laboral es evidente, máxime si el general de la empresa rebasa el 5 por 100, situación cuya corrección exige de medidas al efecto, aunque sean traumáticas». Este criterio, según el Alto Tribunal, debe determinar la solución a dar a la cuestión planteada. A partir de esta premisa mantiene que «aceptando el criterio de los meses naturales (...) determinados días de falta de asistencia al trabajo pueden quedar fuera del cómputo (...) cuando la falta de asistencia al trabajo se produce en los días finales de un mes y primeros del siguiente, en cuyo caso estos últimos no se computarían. Tal conclusión sería abiertamente contraria a la finalidad de la norma. Debiendo en consecuencia aceptarse el criterio (...) del cómputo por meses de fecha a fecha que encuentra apoyo en el precepto del artículo 5 del Código Civil y es acorde con la finalidad de la norma».

En definitiva, el Tribunal Supremo opta por admitir el cómputo por meses de fecha a fecha en tanto que es el más favorable a la aplicación del artículo 52 d) del ET y, en consecuencia, el más favorable a la vía de extinción contractual prevista en el mismo. Esta opción tiene una indudable trascendencia práctica puesto que permite al empresario elegir el periodo de referencia que le resulte más favorable para justificar la extinción del contrato, pudiendo computar ausencias que de otro modo no hubieran podido ser computadas por encontrarse ubicadas en un mes desechado para el cómputo de las ausencias del trabajador. En esta dirección, algún autor ya anunciaba los riesgos de esta interpretación, considerando que era preferible entender que la norma se refiere a meses naturales, puesto que esta última interpretación «evita manipulaciones indeseables y confiere mayor seguridad jurídica».<sup>81</sup>

A partir de este criterio jurisprudencial y para evitar conflictos futuros, tal vez sería conveniente que los periodos de referencia no se computaran por meses, sino por días de trabajo efectivo, es decir, de 60 días (en el supuesto de los 2 meses consecutivos) o de 120 días (en el supuesto de los 4 meses discontinuos en el periodo de un año). Esta opción permitiría, asimismo, adecuar los periodos de referencia previstos en el artículo 52 d) del ET al cómputo de las ausencias previstas en el mismo precepto.<sup>82</sup>

La exigencia contenida en el artículo 52 d) del ET de que el número de faltas de asistencia al trabajo de un mismo trabajador necesarias para justificar la extinción de su contrato alcancen el 20 por 100 de sus jornadas hábiles en 2 meses consecutivos o el 25 por 100 de las mismas en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, también ha planteado la cuestión de si los referidos porcentajes deben acreditarse estrictamente en cada uno de los meses de referencia, 2 o 4 respectivamente, o si, por el contrario, es suficiente con que en el global del citado periodo de referencia se cumplan dichos porcentajes con independencia de si los mismos se cumplen en cada uno de los meses que lo integran. Un sector doctrinal se ha inclinado por considerar que el cómputo de las ausencias no

<sup>81</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* op. cit., pág. 212. En la misma dirección, ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» op. cit., pág. 402, mantiene que el recurso a los meses naturales «refuerza el principio de seguridad jurídica al concretar con mayor certeza el periodo en el que el empresario está facultado para extinguir la relación laboral».

<sup>82</sup> Vid. BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción...» op. cit., pág. 94.

debe alcanzarse en cada uno de los periodos de referencia individualmente considerados, sino que basta que las ausencias se refieran a los periodos de referencia en su totalidad.<sup>83</sup> Otros autores, sin embargo, entienden que el porcentaje debe alcanzarse en cada uno de los meses y no en el conjunto del periodo, al considerar que si la finalidad de esta causa de despido es proteger al empresario frente a la excesiva onerosidad que suponen las faltas de asistencia de corta duración, pero repetidas en el tiempo con cierta regularidad, parece fundado pensar que el porcentaje exigido ha de alcanzarse en cada uno de los meses de referencia.<sup>84</sup>

La respuesta a esta cuestión también dio lugar a dos posicionamientos jurisprudenciales antagónicos. La cuestión finalmente ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de octubre de 2005 al concluir que «el análisis del precepto ofrece como aspectos relevantes el establecimiento de los periodos en los que acotar las ausencias. El artículo 52 d) del ET formula dos posibilidades de cómputo, o bien las faltas alcanzan el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos. En ambos casos lo que cuenta son los periodos en conjunto. Se trata de, o bien de 2 meses o bien de 4. Ese es el extremo relevante para la norma, y el hecho de que no se tenga en cuenta un solo mes y de que el periodo se prolongue a 2 o 4 meses tiene por objeto registrar una inasistencia persistente, con reducción o aumento proporcional del porcentaje».<sup>85</sup>

En consecuencia, los diferentes porcentajes exigidos por el artículo 52 d) del ET –25 y 20%– para que opere la causa de extinción prevista en dicho precepto deberán alcanzarse en el conjunto del periodo de referencia –2 meses consecutivos o 4 meses discontinuos en un periodo de 12 meses– y no en cada uno de los meses que lo integran, de modo que resulta totalmente irrelevante a los efectos de la aplicación de esta causa extintiva que los porcentajes citados no se alcancen en alguno de los meses que conforman el periodo de referencia. Una vez más el Tribunal Supremo opta por la interpretación menos restrictiva y, en consecuencia, más favorable a la posibilidad de acudir a esta vía de extinción del contrato de trabajo.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> Vid. entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* op. cit., pág. 210. El autor considera que «para nada exige la ley que el porcentaje deba de alcanzarse en cada mes, siendo así, además, que la regularidad que se reclama se produce ya con la reiteración de las ausencias; exigir que estas sean además, de singular duración es, más que regularidad, casi automatismo. De otro lado sería absurdo que precisamente en el supuesto donde las ausencias son más numerosas, el de los cuatro meses discontinuos, se exigiera, en cada mes, un porcentaje mayor». Vid. también, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo...* op. cit., pág. 222.

<sup>84</sup> Entre otros, ALZAGA RUIZ, I.: «La extinción del contrato...» op. cit., pág. 351; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «La extinción...» op. cit., pág. 95. Este último autor considera que «el porcentaje exigido debe alcanzarse en cada uno de los meses respectivos, porque el trabajador debe demostrar una cierta regularidad en las ausencias para poder acogerse a esta causa». Según el autor, «el requisito de la intermitencia debe darse en cada uno de los meses, no en uno sí y en otro no».

<sup>85</sup> NSJ019204. La doctrina de esta resolución ya ha sido incorporada por diferentes resoluciones judiciales, como, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 14 de julio de 2008 (rec. núm. 2628/2008), la STSJ de Navarra de 25 de octubre de 2007 (rec. núm. 530/2007), la STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2006 (rec. núm. 1263/2006), etcétera.

<sup>86</sup> GUALDA ALCALÁ, F.J.: «El absentismo como causa...» op. cit., pág. 225, indica al respecto que «esta conclusión amplifica notablemente las posibilidades de la causa extintiva y concluye a resultados insatisfactorios desde una visión integradora. Si no se pide una regularidad o persistencia de las ausencias una mera acumulación de ausencias en dos semanas sería suficiente para generar la extinción invocando las ausencias referidas a dos meses. Incluso podría darse el caso de que en el supuesto del periodo de referencia de cuatro meses, las ausencias concentradas en un solo mes pudieran alcanzar el 25 por 100 requerido, ante lo cual parece necesaria la conclusión de que al menos en todos y cada uno de los meses que se invoquen para justificar la extinción deberían de concurrir ausencias del trabajador, lo mismo que el correspondiente índice colectivo».

### 3.3. La suprimida exigencia de acreditar un determinado índice de absentismo colectivo

#### 3.3.1. El porcentaje de absentismo colectivo y su arco temporal

Como ya se ha indicado, a pesar de la supresión por parte del Real Decreto-Ley 3/2012 de la exigencia de acreditar un determinado índice de absentismo colectivo, es decir, de que el resto de la plantilla del centro de trabajo también supere una determinada barrera de absentismo en los mismos periodos de tiempo tenidos en cuenta para determinar las faltas de asistencia del trabajador en cuestión, a continuación vamos a analizar el alcance de esta hasta ahora vigente exigencia, puesto que de este modo podremos valorar el verdadero alcance que va a tener en la práctica la definitiva supresión de la misma.

Tras la aprobación del Real Decreto-Ley 10/2010 y posterior tramitación y aprobación de la Ley 35/2010, el porcentaje finalmente exigido para que se cumpliera el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido por el artículo 52 d) del ET pasó del 5 al 2,5 por 100. En consecuencia, aunque finalmente la Ley 35/2010 no eliminó totalmente la exigencia de un determinado nivel de absentismo global en la empresa para que pudiera operar esta causa de extinción del contrato, como se demandaba desde diferentes ámbitos, sí que la limitó sustancialmente al reducirse en un nada despreciable 50 por 100. En consecuencia, tras la reforma laboral del 2010 el nivel de absentismo global de la empresa que se consideraba que suponía una anomalía en la gestión del personal que trascendía de una concreta relación laboral presentando una dimensión colectiva se fijó en el 2,5 por 100. Este pasó a ser, por tanto, el porcentaje que atribuía al empresario la facultad de extinguir el contrato de trabajo por considerarse que los niveles globales de absentismo que soportaba eran altos, presumiéndose en este punto que ello le acarrearía una disfunción o perjuicio importante para el normal funcionamiento de la empresa. Este porcentaje adolecía, sin embargo, del mismo inconveniente del que adolecía el del 5 por 100 previsto con anterioridad y es que se fijaba con carácter general sin tener en cuenta las características específicas de cada sector de actividad y sin tener en cuenta, por tanto, que un mismo porcentaje de absentismo en un sector de actividad puede constituir una anomalía en la gestión ordinaria del personal, mientras que en otro no.

Con independencia de la valoración que debía merecer esta modificación legislativa, resultaba indiscutible que siendo el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo un requisito para la aplicación de esta causa de extinción del contrato, la reducción del porcentaje de absentismo colectivo exigido tenía que facilitar de un modo significativo el recurso por parte del empresario a la misma. No en vano, con anterioridad a la reforma laboral del 2010 se consideraba casi de forma unánime que la exigencia de que debiera alcanzarse un índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo tan elevado había sido la responsable de la escasa operatividad práctica de esta causa de extinción del contrato.<sup>87</sup> Por el contrario, la reducción tan significativa de este porcentaje de absentismo total de la plantilla, que tras la reforma de 2010 se redujo a la mitad, debía traducirse en una mayor facilidad para que el empresario pudiera poner fin a la relación laboral con base en las ausencias del trabajador.

Las valoraciones que mereció esta medida en el seno de la doctrina fueron dispares. Así, mientras que algunos autores alabaron esta reforma por considerar que «la mejora introducida por el legis-

<sup>87</sup> Vid. GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: «Despidos objetivos», *op. cit.*, pág. 197.

lador en esta cuestión es indudable» en la medida en que «ha intentado por medio de esta vía dotar de mayor operatividad a una causa extintiva en desuso, precisamente por las dificultades halladas por las empresas para probar el cumplimiento de los niveles de absentismo –individual y colectivo– exigidos por la norma»,<sup>88</sup> otros autores se manifestaron mucho más cautos y críticos respecto a la misma al considerar que «la lógica reformista de esta institución se inscribe, como toda la reforma laboral, en aumentar la capacidad de disposición del empresario sobre la vigencia de la relación laboral, al permitir una mayor aplicabilidad de esta vía de extinción, pues los índices de absentismo colectivo se rebajan a la mitad, de tal forma que del 5 por 100 que venía estableciendo el ET, se pasa al 2,5 por 100 que establece la Ley 35/2010».<sup>89</sup>

En todo caso, como ya se ha indicado con anterioridad, una limitación tan sustancial de la exigencia de que el empresario sufriera un determinado nivel de absentismo global para poder proceder a la extinción del contrato de trabajo como la que se llevó a cabo mediante la Ley 35/2010 tenía que incidir de un modo irremisible en la finalidad económico-social de esta causa de extinción del contrato de trabajo, puesto que permitía al empresario proceder a la extinción de la relación laboral en cuanto se constatará la excesiva onerosidad que para el mismo suponen las faltas de asistencia al trabajo de un determinado trabajador, siendo suficiente con que paralelamente se constataran unos perjuicios para el normal funcionamiento y la productividad de la empresa derivados del nivel global de absentismo muy inferiores a los exigidos hasta el momento, en concreto, un 50 por 100 inferiores a los exigidos con anterioridad a la reforma laboral.

Por lo que respecta al régimen jurídico por el que se regía esta exigencia de acreditar un determinado índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo, a diferencia de lo que sucede con el nivel de absentismo individual respecto al cual es suficiente con que las ausencias al trabajo alcancen los porcentajes previstos en la norma –20% en 2 meses consecutivos o 25% en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses– sin que sea necesario que los mismos sean superados, el cumplimiento del requisito del nivel de absentismo colectivo requería que el mismo fuera superior al porcentaje fijado tras la Ley 35/2010 del 2,5 por 100, como se desprendía del tenor literal del precepto que exigía que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo «supere» el 2,5 por 100. Por tanto, no era suficiente un índice de absentismo colectivo que alcanzara el 2,5 por 100, sino que debía superarse este porcentaje.

De conformidad con el tenor literal del artículo 52 d) del ET el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo debía superar el 2,5 por 100 «en los mismos periodos de tiempo» que se habían tomado en consideración para medir el absentismo individual, es decir, las faltas de asistencia al trabajo del trabajador en cuestión, de modo que dicho porcentaje debía alcanzarse en un periodo de referencia de 2 meses consecutivos o de 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, según cual

<sup>88</sup> Vid. ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 403 y BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato...» *op. cit.*, pág. 94.

<sup>89</sup> Vid. GUALDA ALCALÁ, F.J.: «El absentismo como causa...» *op. cit.*, pág. 213. En esta dirección, MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo acto del "gran teatro" de la reforma laboral 2010: una reforma "para reformar" o de la "galería de los disparetes"», *RTSS. CEF*, núm. 331, 2010, consideró que la reforma «ha tenido a bien nada menos que flexibilizar hasta el extremo la posibilidad de acudir al despido objetivo en situaciones de absentismo (...) para ello ha reformado, de forma inquietante a mi juicio, el artículo 52 letra d) del ET, reduciendo un 50 por 100 el porcentaje de absentismo necesario para poder llevar a cabo un despido objetivo».

fuera el parámetro que se hubiera tenido en cuenta para medir el absentismo individual. En consecuencia, el cálculo del 2,5 por 100 de absentismo colectivo, al igual que sucede con el cómputo del absentismo del trabajador despedido, debía hacerse sobre las jornadas hábiles, tomando en consideración los mismos periodos que se habían empleado para el cálculo de las ausencias del trabajador individualmente considerado.<sup>90</sup> A tal efecto, debían determinarse las jornadas hábiles de la empresa, el número de jornadas de inasistencia y comprobar si se rebasaba o no la frontera porcentual establecida.<sup>91</sup>

Al igual que sucedía con las faltas de asistencia al trabajo del trabajador y de conformidad con el «principio del *onus probandi* que consagra el artículo 1.214 CC», correspondía al empresario acreditar el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo,<sup>92</sup> de modo que la falta de acreditación del mismo implicaba necesariamente la improcedencia de la extinción del contrato efectuada por el empresario. En esta dirección, se indicaba que «la carencia de prueba acerca del índice de absentismo de la plantilla enerva el éxito de la causa prevenida en el invocado artículo 52 d) del ET».<sup>93</sup> Ello no implicaba, sin embargo, que fuera exigible que se hiciera constar en la carta el índice de absentismo del total de la plantilla, «puesto que su falta no origina indefensión al trabajador al tratarse de un requisito exigible "ex lege" en cualquier caso, por lo que, con independencia de que aparezca reflejado en la notificación, el trabajador puede preparar su defensa si estima que no concurre y la empresa viene obligada a acreditar su concurrencia tanto si lo menciona como si lo omite».<sup>94</sup>

### 3.3.2. Faltas de asistencia computables y no computables

El cumplimiento de la exigencia de que se satisficiera un determinado índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo para que pudiera operar la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo 52 d) del ET obligaba a identificar qué faltas de asistencia al trabajo debían ser computadas y cuáles no y, en particular, si las faltas de asistencia definidas por este precepto como no computables a los efectos del cálculo del nivel de absentismo del trabajador podían ser tenidas o no en cuenta a este respecto. En otros términos, se trataba de determinar si para el cálculo del índice de absentismo total de la plantilla jugaban o no las exclusiones previstas en dicho precepto. Como sucede en tantas otras cuestiones que plantea el artículo 52 d) del ET en este punto surgieron posicionamientos jurisprudenciales contradictorios de una innegable trascendencia práctica. El debate jurisprudencial, sin embargo, fue finalmente resuelto por la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007 que vino a concluir que las ausencias recogidas en el párrafo segundo del artículo 52 d) del ET debían quedar excluidas para fijar el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo con base en las siguientes consideraciones:

<sup>90</sup> Vid. ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op.cit.*, pág. 404.

<sup>91</sup> Vid. ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E.: *El despido... op. cit.*, pág. 58.

<sup>92</sup> Vid. STS de 12 de febrero de 1990.

<sup>93</sup> Vid. STSJ de Madrid de 23 de junio de 2003 (rec. núm. 1117/2010). Vid. también, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de diciembre de 2008 (rec. núm. 1592/2008), STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de febrero de 2007 (rec. núm. 2392/2006), STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2004 (rec. núm. 517/2003), etcétera.

<sup>94</sup> Vid. STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de junio de 2009 (rec. núm. 1754/2009). En el supuesto enjuiciado en esta resolución el tribunal no exige mayor precisión que la contenida en la carta que se limita a mencionar la existencia de un «elevado» índice de absentismo. Vid. también, STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 1994 (sent. núm. 5877/1994).

«1) El párrafo primero del precepto examinado habla por un lado de "las faltas de asistencia al trabajo" del trabajador a quien se despide y por otro lado del "índice de absentismo total de la plantilla", y aunque es obvio que se trata de dos conceptos que no son iguales, sin embargo guardan entre sí una indiscutible proximidad y paralelismo pues los dos se asientan en las ausencias laborales de los trabajadores.

Por ello, cuando el párrafo segundo del artículo 52 d) prescribe que "no se computan como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior" las ausencias que a continuación se relacionan, lo lógico es entender que este mandato se refiere tanto al cómputo de las faltas de asistencia del empleado despedido como al cálculo del índice de absentismo laboral, pues el núcleo esencial de estos dos conceptos lo constituyen y conforman las faltas de asistencia al trabajo.

2) Esta conclusión resulta confirmada por el hecho de que el párrafo segundo se remita de forma genérica "a los efectos del párrafo anterior", sin hacer ningún tipo de diferenciación ni distingo. Téngase en cuenta que son faltas de asistencia tanto aquellas en que incurrió el trabajador despedido, como también los supuestos concretos que sirven de base para determinar el nivel de absentismo, y ambas situaciones se encuentran mencionadas en el párrafo primero, por lo que al no efectuarse distinción ni advertencia alguna en la remisión que a este párrafo se hace al comienzo del segundo, debe entenderse que las exclusiones que este impone alcanzan a uno y otro concepto.

3) A lo que se añade que si este artículo 52 d) exige, para la existencia de la causa justificativa del despido objetivo que el mismo regula, la concurrencia de los dos requisitos mencionados (las faltas de asistencia del trabajador, en concreto que alcancen un 20% o un 25% de las jornadas hábiles, de un lado, y el índice de absentismo del 5% por otro lado), los más elementales criterios de razón obligan a considerar que el cálculo para determinar la concurrencia de esos requisitos se tenga que efectuar de igual forma y aplicando reglas iguales, pues así lo imponen los principios de equivalencia y proporcionalidad. No es razonable hacer el cómputo de uno de esos conceptos con arreglo a ciertas reglas y criterios, y en cambio aplicar, con respecto al otro, reglas y criterios manifiestamente diferentes; máxime cuando, como venimos insistiendo, los dos se asientan sobre una misma base: las ausencias al trabajo.

4) Las exclusiones que para el cómputo de las faltas de asistencia al trabajo establece el párrafo segundo de la norma que tratamos son numerosas y dispares; y algunas de ellas son claramente incompatibles con la idea de absentismo laboral, como puedan ser los días de vacaciones disfrutados, o las licencias concedidas, o el tiempo dedicado a actividades de representación sindical o al ejercicio del derecho de huelga; pudiendo incluso extenderse esa incompatibilidad a otras varias más de las exclusiones enumeradas en ese segundo párrafo. Son muy pocos los supuestos enumerados en dicho párrafo segundo, cuya compatibilidad con el concepto de absentismo laboral puede defenderse con un mínimo de certeza. Por ello, parece razonable aplicar una misma solución unitaria a todos los supuestos que enumera el tan citado párrafo segundo; y esta solución no puede ser otra que la de excluir tales supuestos del cálculo del índice de absentismo.

5) No constituye obstáculo para el mantenimiento de la tesis que aquí se propugna el hecho de que el párrafo primero del precepto comentado haga referencia "al índice de absentismo total de la plantilla", pues el término "total" aquí empleado no se refiere a todas las ausencias laborales que se

hayan producido, sino a todos los trabajadores del centro de trabajo, ya que el cómputo de dicho índice se ha de efectuar en relación con todos ellos.

6) La finalidad esencial de esta norma es la lucha contra el absentismo laboral, pues esta particular figura de despido objetivo que prevé el artículo 52 d) del ET no es otra cosa que un arma o instrumento establecido por el legislador en contra del mismo, para lograr su reducción. Pero esta finalidad está pensada sobre todo en relación con aquella clase de absentismo que de algún modo es imputable a la voluntad del trabajador o trabajadores, normalmente formado por ausencias al trabajo de escasa duración e intermitentes.»<sup>95</sup>

En definitiva, el Tribunal Supremo vino a clarificar la cuestión al fijar que a los efectos del despido objetivo por absentismo, las faltas de asistencia no computables a que se refiere el párrafo segundo operaban también en la determinación del índice de absentismo de la plantilla del centro de trabajo de referencia y no solo para el cómputo de los porcentajes de ausencias del trabajador despedido, lo cual, sin lugar a dudas, contribuyó a reducir significativamente el radio de operatividad del artículo 52 d) del ET «en un momento en que la defensa de la productividad está muy presente en el contexto social, pero no menos que la promoción de los derechos constitucionales, inclusive la defensa de la integridad física y la salud».<sup>96</sup> Esta reducción del radio de operatividad de esta causa de extinción del contrato también mereció críticas al considerarse que «esta interpretación dificulta que pueda realizarse una evaluación real del absentismo existente en la empresa, de tal modo que la forma de determinar el desequilibrio que padece el empresario y que justifica la resolución queda notablemente distorsionado».<sup>97</sup>

### 3.3.3. El marco locativo y personal del absentismo colectivo

De conformidad con lo previsto en el artículo 52 d) del ET, el cálculo del nivel colectivo de absentismo equivalía al «índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo», lo cual obligaba a determinar cuál era el marco personal y locativo que debía tomarse en consideración a tales efectos.

El marco locativo no planteaba ningún inconveniente puesto que el precepto era tajante al referirse exclusivamente al centro de trabajo y no a la empresa en su conjunto.<sup>98</sup> A partir de esta premisa, resultaba evidente que el centro de trabajo a considerar debía ser aquel en el que el trabajador cuyo contrato preveía extinguirse prestara sus servicios.<sup>99</sup> En esta dirección, la Sentencia del Tribu-

<sup>95</sup> NSJ023290. La doctrina contenida en esta sentencia ha sido posteriormente ratificada por STS de 18 de septiembre de 2007 (NSJ032150).

<sup>96</sup> Un análisis pormenorizado de esta resolución del Tribunal Supremo en SEMPERE NAVARRO, A.V.: «¿Cómo se calculan los índices de absentismo en el despido objetivo?», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 3/2007 (BIB 2007/164).

<sup>97</sup> Vid. 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 artículo 52 d) del ET», *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2007.

<sup>98</sup> Vid. entre otros, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción... op. cit.*, pág. 346; ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo... op. cit.*, pág. 228 y BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J.A. y NÓRES TORRES, L.E.: *El despido... op. cit.*, pág. 58. En la misma dirección, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, falta de adaptación...» *op. cit.*, pág. 151, llamaba la atención sobre la inexistencia de razón alguna que justifique tener en cuenta el centro de trabajo y no la empresa en su conjunto.

<sup>99</sup> Vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, falta de adaptación...» *op. cit.*, pág. 151. Vid. también, ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 403.

nal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 19 de septiembre de 2007 indicó que las faltas computables, «a efectos de absentismo, son las mismas, tanto a nivel individual del trabajador, como a nivel del total de la plantilla del centro de trabajo donde aquel preste servicios, centro de trabajo, se repite, que no el total, en su caso, de centros».<sup>100</sup> La determinación del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo sí planteaba importantes dificultades, sin embargo, cuando venía referida a un trabajador que desarrollara su prestación laboral en varios centros de trabajo del mismo empresario, puesto que en estos supuestos *a priori* se podía acudir al centro de trabajo en el que estuviera formalmente adscrito, al centro de trabajo en que desarrollara prioritariamente su prestación laboral, etcétera. En este punto se consideró que «al no obtenerse una respuesta consistente de la lectura de la norma, sería razonable deducir que, en estos supuestos, procederá calcular el índice global de absentismo de la forma que más favorezca los intereses del trabajador afectado. Seguramente con ello se obliga a realizar unos cálculos en los que se incluya el absentismo de todos los trabajadores de todos los centros de trabajo en los que realice su cometido laboral el trabajador, pero probablemente esto sea lo más razonable».<sup>101</sup>

La referencia al centro de trabajo planteaba asimismo la cuestión de la determinación del mismo en los supuestos de contratas y subcontratas y, en particular, si debía tomarse en consideración el lugar donde el trabajador prestaba efectivamente sus servicios, habitualmente el centro de trabajo de la empresa principal, o bien, debía tenerse en cuenta en todo caso la plantilla del centro de trabajo del empresario contratista o subcontratista que lo tuviera empleado. Enjuiciando un supuesto de una contrata de limpieza, se consideró que «el centro de trabajo de la empresa principal, que es donde prestan servicios los empleados de la contratista de limpieza, solo merece tal calificación jurídica en lo que respecta al personal de la primera, mas no en relación con el de la adjudicataria del servicio contratado, para quienes se limita a ser, sin más, su lugar de empleo o, en otras palabras, de prestación efectiva de servicios. Siendo así, en el supuesto enjuiciado el índice general de absentismo de la plantilla del centro de trabajo a computar para dirimir la procedencia o no de la extinción del contrato por faltas de asistencia de la demandante (...) no puede ser otro que el de la plantilla de la empresa».<sup>102</sup>

El marco personal quedaba circunscrito a la «plantilla del centro de trabajo», es decir, el conjunto de trabajadores que en los periodos de referencia se encontraran efectivamente prestando sus servicios en el mismo centro de trabajo que el trabajador en cuestión, sin que de conformidad con el artículo 52 d) del ET debiera conferirse ninguna relevancia a la naturaleza del vínculo contractual de los citados trabajadores.<sup>103</sup> A tal efecto, de un modo mayoritario se consideraba que la base del cálculo del índice de absentismo incluía a todos los trabajadores fijos, eventuales, interinos o contratados temporalmente del centro de trabajo en el que prestara sus servicios el trabajador despedido y no

<sup>100</sup> Rec. núm. 1047/2007. *Vid.* también, STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2005.

<sup>101</sup> *Vid.* ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo... op. cit.*, pág. 228.

<sup>102</sup> STSJ de Madrid de 7 de julio de 2008 (rec. núm. 1893/2008).

<sup>103</sup> SAGARDÓY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, falta de adaptación...» *op. cit.*, pág. 151, indicaba al respecto que para el cálculo del índice colectivo no tenían que tomarse en consideración solo las ausencias de los trabajadores fijos, en la medida en que la finalidad de la norma era fijar un dato comparativo para el nivel medio de ausencias en las que podía incurrir cualquier trabajador y, por tanto, no solo aquel vinculado a la empresa por medio de un contrato fijo. *Vid.* también, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo... op. cit.*, pág. 26; ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo... op. cit.*, pág. 227 y ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 404. *Vid.* STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 1996 (sent. núm. 706/1996).

únicamente a los trabajadores que prestaran sus servicios de manera permanente,<sup>104</sup> todo ello sin perjuicio de las dificultades que el cómputo de este tipo de trabajadores pudiera comportar, como ocurría, por ejemplo, con los fijos discontinuos.<sup>105</sup>

La referencia genérica que llevaba a cabo el artículo 52 d) del ET a la «plantilla del centro de trabajo», sin embargo, planteaba la cuestión de si dentro de la misma debía incluirse también al trabajador absentista y, en consecuencia, si para calcular el índice general de absentismo de toda la plantilla debían incluirse también las propias ausencias del trabajador. La doctrina judicial se inclinó por computar las ausencias del trabajador afectado para el cómputo del índice global de absentismo. Para ello, se invocaba doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2007 según la cual «(...) no constituye obstáculo para el mantenimiento de la tesis que aquí se propugna, el hecho de que el párrafo primero del precepto comentado haga referencia al "índice de absentismo total de la plantilla", pues el término "total" aquí empleado no se refiere a todas las ausencias laborales que se hayan producido, sino a todos los trabajadores del centro de trabajo, ya que el cómputo de dicho índice se ha de efectuar en relación con todos ellos». Una vez expuesto este criterio del Tribunal Supremo se consideró que el mismo «no parece admitir exclusión de ninguna clase en punto a los empleados a considerar, entre ellos también aquel cuyo contrato la empresa decidió extinguir con base en el artículo 52 d) del ET»,<sup>106</sup> no en vano, dicho trabajador es uno más de los componentes de la «plantilla», supuesto a que se refiere tal índice en la norma.<sup>107</sup> Asimismo, se consideraba que de no seguirse este criterio se llegaría al absurdo de que nunca se daría el supuesto legal en un centro de un único trabajador y se produciría la consecuencia adversa de que las ausencias propias perjudicarían a la del resto de la plantilla y no al trabajador que las causaba.<sup>108</sup>

La inclusión del trabajador absentista en el cálculo del índice general de absentismo de toda la plantilla del centro de trabajo planteaba una cuestión adicional, en particular, qué sucedía en aquellos supuestos en que la empresa tenía un único trabajador, es decir, el trabajador absentista. Pese a las dudas que podría plantear este supuesto alguna resolución judicial admitió la extinción del contrato de trabajo siempre y cuando las ausencias del trabajador despedido permitieran al mismo tiempo satisfacer el nivel de absentismo colectivo exigido.<sup>109</sup> Pese a admitirse que este criterio podía favorecer que la extinción del contrato mediante esta causa fuera más rigurosa en las empresas con

<sup>104</sup> Vid. BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción...* op. cit., pág. 346. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* op. cit., pág. 213, indicaba al respecto que una solución contraria, es decir, reservar para el cálculo del índice de absentismo solo 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 de su grado de fijeza o eventualidad en el empleo».

<sup>105</sup> Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo...* op. cit., pág. 227.

<sup>106</sup> Vid. STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2010 (rec. núm. 5786/2009).

<sup>107</sup> Vid. STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2006 (rec. núm. 5338/2006). Vid. también, STSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de septiembre de 1999 (rec. núm. 1463/1999), STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1999 (rec. núm. 4321/1997), etcétera.

<sup>108</sup> Vid. STSJ de Cataluña de 31 de mayo de 2006 (rec. núm. 1263/2006). Vid. en el seno de la doctrina, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo...* op. cit., pág. 228-229; ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» op. cit., pág. 404; ROMÁN TORRES, M.I.: «Artículo 52 d) ET», en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (coord.): *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid: Tecnos, 2004, pág. 415 y BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J.A. y NÓRES TORRES, L.E.: *El despido...* op. cit., pág. 57.

<sup>109</sup> Vid. STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de mayo de 2008 (rec. núm. 579/2008).

pocos e incluso con un único trabajador que en aquellas que contaran con un número elevado de trabajadores, se indicaba que era precisamente en las primeras donde las ausencias al trabajo, aun justificadas, provocaban mayores perjuicios empresariales y, en consecuencia, se justificaba mejor el recurso a esta causa de extinción del contrato.<sup>110</sup>

La admisión de la inclusión del trabajador absentista en el cálculo del índice general de absentismo de toda la plantilla del centro de trabajo unido a la reducción del porcentaje de absentismo colectivo llevada a cabo tras la reforma laboral del 2010 supuso que en la práctica el requisito del absentismo colectivo careciera de sentido en las empresas de hasta 10 trabajadores, puesto que las ausencias del propio trabajador ya podían ser suficientes por sí mismas para alcanzar este índice.<sup>111</sup>

Discrepaba de la doctrina expuesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de febrero de 1999 que se mostraba contraria al cómputo del absentismo del trabajador despedido cuando este era el único trabajador que había faltado al trabajo durante el periodo de referencia, al considerar que en estos supuestos «el absentismo del trabajador despedido no puede ser computado, puesto que en ese caso su conducta se sancionará dos veces: una, por las propias ausencias al trabajo; y otra, por la contribución de sus ausencias a elevar el índice de absentismo de la empresa a un grado que permite a esta despedirla».<sup>112</sup>

#### 4. El momento válido para la decisión extintiva por absentismo del trabajador

Tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2012, el empresario podrá proceder a extinguir el contrato de trabajo por absentismo del trabajador a partir del momento en que concurren los únicos requisitos previstos ahora en el artículo 52 d) del ET, es decir, que el trabajador a despedir cometa la última falta necesaria para alcanzar el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25 por 100 en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses. A partir de este momento se plantea la cuestión de si existe un plazo y en este caso cuál es para extinguir la relación laboral a un trabajador por esta causa extintiva. En este punto, han sido diferentes los criterios que se han adoptado.

Un primer criterio ha abogado por acudir al artículo 69.2 del ET que en materia de prescripción de las faltas de los trabajadores prevé que las faltas muy graves prescribirán a los 60 días a partir de la fecha en la que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los 6 meses. Pese a ello, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 15 de enero de 1999 mantiene que el hecho de que hayan transcurrido más de 60 días hábiles desde la última falta de asistencia al trabajo y el momento en que la empresa notificó al trabajador la decisión de extinguir la relación laboral no implica que la facultad empresarial esté prescrita, puesto que «los plazos que establece el artículo 60.2 del ET marcan de modo exclusivo el tiempo hábil de que dispone el empre-

<sup>110</sup> Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo...* op. cit., pág. 229.

<sup>111</sup> Vid. GUALDA ALCALÁ, F.J.: «El absentismo como causa...» op. cit., pág. 219.

<sup>112</sup> Rec. núm. 2978/1998. En el seno de la doctrina mantiene este criterio ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: «Despido objetivo...» op. cit.

sario para actuar su potestad disciplinaria, por lo que no rigen para facultades distintas como la de poner fin a la relación laboral por causas objetivas con apoyo en el artículo 52 del ET». <sup>113</sup> Con otros argumentos, pero en la misma dirección, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 17 de septiembre de 1999 concluye que «no existe prescripción de faltas, pues la propia norma legal permite extender a 4 meses discontinuos en un periodo de 12, lo que hace inaplicable la regla del artículo 60.2 del ET al caso». <sup>114</sup> En parecidos términos, diferentes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Navarra concluyen que la literalidad del artículo 52 d) del ET «en ningún caso exige que las ausencias deban referirse a los dos meses inmediatamente anteriores a la decisión empresarial de resolver el contrato de trabajo». <sup>115</sup>

Un segundo criterio mantiene que debe acudir al plazo general de prescripción de un año previsto en el artículo 59 del ET para las acciones que no tengan fijado un plazo concreto. <sup>116</sup> El máximo exponente de esta postura lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 15 de enero de 1999 que tras desestimar la posibilidad de aplicar a estos supuestos el plazo de prescripción fijado en el artículo 60 del ET indica que en defecto de previsión específica al efecto, la posibilidad de poner fin a la relación laboral por causas objetivas con base en el artículo 52 d) del ET ha de entenderse que está sometida al plazo de un año que determina el artículo 59 con carácter general para todas las acciones que derivan del contrato de trabajo. <sup>117</sup> Sin embargo, no parece tampoco adecuado invocar la aplicación de este plazo general de un año previsto en el artículo 59 del ET pues no nos encontramos ante el ejercicio de una acción judicial. <sup>118</sup> En esta dirección, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de enero de 1993 revoca la sentencia de instancia que había considerado que «al referirse la carta de la empresa a 12 meses que no son los inmediatamente anteriores a la fecha en que se acuerda la extinción del contrato, no compele los términos del artículo 52 d) del ET», considerando al respecto que «dicho argumento no puede aceptarse, el artículo 52 d) se refiere a "4 meses discontinuos en un periodo de 12 meses", sin que exija que estos sean inmediatamente anteriores a la fecha de la extinción contractual, por lo que no se ve razón para que se efectúe una interpretación en el sentido en el que lo hace la resolución recurrida (...) la conducta de la empresa al aguardar unos meses a efectuar tal comunicación no se revela por otra parte como caprichosa o arbitraria». <sup>119</sup>

También se ha abogado por la necesidad de ejercitar la extinción del contrato en el plazo máximo de un año acudiendo como argumento al propio artículo 52 d) del ET, amparándose esta posibilidad en el hecho de que al prever dicho precepto que las ausencias rebasen un determinado número que se puede contabilizar en un periodo de 2 meses consecutivos o a lo largo de 4 meses discontinuos dentro de

<sup>113</sup> Rec. núm. 527/1998. También se muestran contrarios a dicha posibilidad ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 405 y LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo», *op. cit.*

<sup>114</sup> Rec. núm. 1463/1999.

<sup>115</sup> *Vid.* STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2004 (rec. núm. 312/2004), STSJ de Navarra de 2 de septiembre de 2004 (rec. núm. 269/2004) y STSJ de Navarra de 28 de julio de 2004 (NSJ017542).

<sup>116</sup> Sobre esta posibilidad *vid.* ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 405 y PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo... op. cit.*, pág. 26.

<sup>117</sup> Rec. núm. 527/1998.

<sup>118</sup> BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J.A. y NORES TORRES, L.E.: *El despido... op. cit.*, pág. 46.

<sup>119</sup> Sentencia núm. 437/1993.

un periodo de 12 meses, el transcurso de estos 12 meses impediría recurrir a la extinción.<sup>120</sup> Esta posibilidad, sin embargo, plantea diferentes cuestiones: no responde a qué sucede cuando el periodo temporal tomado como referente es el de 2 meses continuados y tampoco sirve para los supuestos en que se haya optado por el cómputo del absentismo en periodos de 4 meses no seguidos, pues los 12 meses aparecen previstos en la norma como un límite a la elección de los periodos de 4 meses que se van a considerar para graduar el absentismo y no como límite al ejercicio de la decisión extintiva.<sup>121</sup>

Ante la dificultad por fijar un plazo dentro del cual deba procederse a la decisión extintiva del contrato de trabajo, diferentes resoluciones judiciales han abogado por flexibilizar al máximo esta posibilidad, indicándose al respecto que no es necesario que la extinción tenga lugar de manera inmediata a la constatación de la superación de los umbrales de absentismo individual y colectivo,<sup>122</sup> ni es preciso que las faltas correspondan a los meses inmediatamente anteriores a la extinción<sup>123</sup> e, incluso, que el ejercicio de esta causa de extinción del contrato no se encuentra sujeto a plazo alguno. El máximo exponente de esta doctrina lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2003 que afirma que «el precepto estatutario no impone plazo para la aplicación del despido por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes».<sup>124</sup>

La doctrina ha considerado, sin embargo, que no parece razonable dejar abierta *sine die* la posibilidad de recurrir a la extinción contractual por estas causas. A tal efecto se indica que con carácter general, las causas objetivas deben tener un carácter actual para admitir su procedencia, si bien, esa «actualidad» no pasa de exigir que no se deje pasar más allá de un tiempo prudente para su actuación.<sup>125</sup> A mayor abundamiento, este retraso en el ejercicio de la causa de extinción del contrato puede dificultar la prueba de los motivos que justificaron la decisión empresarial de extinguir el contrato por ausencias del trabajador. En esta dirección, se muestra muy tajante GONZÁLEZ ORTEGA al considerar que «aceptando, por lo tanto, que es el empresario el que, ya en el marco del artículo 52 d) del ET, elige libremente los 2 meses consecutivos o los 4 meses discontinuos en el periodo de 12 meses también libremente elegido, una mínima garantía para el trabajador exigiría que dicho periodo de 4 meses discontinuos en el de 12 meses o el de 2 meses fueran los inmediatamente anteriores al despido. La solución contraria introduciría, obviamente, un elemento de inseguridad jurídica en la relación laboral que no puede ser en absoluto la finalidad buscada por la norma. Es más, sería incluso contradictorio al interés de la empresa, que el artículo 52 d) pretende proteger, posibilitar el mantenimiento en vigor —¿Por cuánto tiempo?— de una relación laboral considerada, según los parámetros normativos, excesivamente onerosa para el empresario; cuando no expresivo de una posible utilización del despido como amenaza de extinción para obtener posiciones de ventaja en una relación jurídica que no se desea en realidad dar por finalizada: un auténtico fraude de ley, por lo tanto».<sup>126</sup>

<sup>120</sup> Vid. BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción... op. cit.*, pág. 329.

<sup>121</sup> Vid. BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J.A. y NORES TORRES, L.E.: *El despido... op. cit.*, pág. 46.

<sup>122</sup> Vid. STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 1992.

<sup>123</sup> STSJ de Navarra de 28 de julio de 2004.

<sup>124</sup> Rec. núm. 890/2006.

<sup>125</sup> Vid. BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J.A. y NORES TORRES, L.E.: *El despido... op. cit.*, pág. 47. En la misma dirección, LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo», *op. cit.*

<sup>126</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo... op. cit.*, pág. 212.

### III. VALORACIÓN FINAL

Como se desprende del estudio realizado, la causa de extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador recogida en el artículo 52 d) del ET ha planteado desde siempre numerosas dudas sobre si la misma resulta un mecanismo eficaz de lucha contra el fenómeno del absentismo laboral en las empresas al que se considera como una lacra para la productividad de estas. La polémica sobre esta causa de extinción del contrato se apoya en dos deficiencias graves que tradicionalmente la han acompañado. En primer lugar, la dificultosa redacción del artículo 52 d) del ET que propicia demasiadas interpretaciones divergentes sobre un mismo texto legal que, además, no siempre ha recibido una respuesta única y convincente, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, a las numerosas cuestiones que deja de regular o que regula de un modo poco claro, lo cual ha provocado la escasa o casi nula aplicación del precepto, puesto que en la mayoría de casos las empresas resuelven el problema acudiendo al despido disciplinario reconocido como improcedente y, consecuentemente, al abono de una indemnización mucho mayor que la prevista para el supuesto de aplicación.<sup>127</sup> En segundo lugar, por la falta de previsión en la norma laboral del necesario tratamiento integral (no solo sancionador) que ha de dársele al absentismo como fenómeno sociolaboral, especialmente el relativo al control de las bajas médicas y la participación empresarial en la vigilancia de la veracidad de las mismas.<sup>128</sup>

Es cierto que en los últimos años el primero de los inconvenientes que plantea esta causa de extinción del contrato que se ha expuesto, es decir, la dificultosa redacción del artículo 52 d) del ET que propicia demasiadas interpretaciones divergentes sobre un mismo texto legal, se ha mitigado parcialmente mediante la intervención del Tribunal Supremo que se ha mostrado especialmente activo a la hora de fijar de un modo definitivo la interpretación que debía darse a algunos de los múltiples puntos oscuros que plantea este precepto. En esta dirección, como se ha analizado a lo largo de este trabajo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2005 ha establecido que el precepto requiere en todo caso la intermitencia de las ausencias al trabajo; la Sentencia de ese mismo tribunal de 5 de octubre de 2005 indica que para el cálculo de los porcentajes previstos en dicho precepto los periodos de dos meses consecutivos y de cuatro meses discontinuos deben ser considerados en su conjunto y no mes a mes; la Sentencia del Supremo de fecha de 24 de octubre de 2006 aclara definitivamente el significado que debe darse al término de intermitencia en los supuestos en que la baja obedezca a una misma causa; en esa misma instancia, la de 23 de enero de 2007 aclara cómo debe computarse el índice de absentismo de la plantilla y en particular si deben computarse para el cómputo del absentismo total de la plantilla las ausencias que no se computan a efectos del absentismo individual y, por último, la Sentencia de 9 de diciembre de 2010 admite que el cómputo por meses se realice de fecha a fecha y no por meses naturales.

La intervención del Tribunal Supremo en esta materia, sin embargo, no puede considerarse como unívoca, no en vano, si bien algunas resoluciones judiciales han optado por una interpretación flexibilizadora y favorecedora de esta vía de extinción del contrato, otras han adoptado un posicio-

<sup>127</sup> BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato...» *op. cit.*, pág. 93, indica al respecto que la traducción de la finalidad legal que se persigue con la causa de extinción del contrato recogida en el artículo 52 d) del ET «resulta tan compleja, rígida y exigente que acaba convirtiendo el supuesto en poco o nada operativo».

<sup>128</sup> Estos inconvenientes han sido puestos de manifiesto por ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Cómo se computan...» *op. cit.*

namiento más tuitivo de los intereses de los trabajadores y, por tanto, restrictivo respecto al recurso a esta causa de extinción del contrato de trabajo. Además, aún quedan otras muchas e importantes cuestiones cuya interpretación sigue siendo discutible y que, por tanto, siguen dificultando en demasía el recurso a la extinción del contrato por absentismo del trabajador. La existencia de esta prolija jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del precepto, así como la subsistencia aún de numerosas dudas interpretativas sobre diferentes aspectos del artículo 52 d) del ET, aconsejarían que fuera el legislador el que fijara definitivamente el sentido de esta causa de extinción del contrato de trabajo, lo cual sin lugar a dudas redundaría en una mayor seguridad jurídica tanto para los empresarios como los trabajadores que puedan verse afectados por esta vía de extinción de la relación laboral. Pese a ello, ni la Ley 35/2010 ni el Real Decreto-Ley 3/2012 han contribuido a clarificar las diferentes cuestiones jurídicas que la aplicación del artículo 52 d) del ET plantea.

Por lo que respecta al segundo de los inconvenientes que plantea esta causa de extinción del contrato de trabajo, es decir, la falta de un tratamiento integral del absentismo laboral en la legislación laboral y de seguridad social como vía necesaria para abordar este fenómeno no ha sido adecuadamente abordado en las últimas reformas laborales. En este punto, las reformas de la causa de extinción del contrato por absentismo del trabajador llevadas a cabo inicialmente por la Ley 35/2010 y posteriormente por el Real Decreto-Ley 3/2012 únicamente suponen nuevos parches parciales en la regulación de esta materia que con toda probabilidad van a provocar nuevas situaciones de injusticia al facilitar en exceso la extinción del contrato de trabajo con base en faltas de asistencia que, no olvidemos, son justificadas, primando en este supuesto el interés empresarial en alcanzar la productividad esperada, frente al interés del trabajador en conservar la relación laboral. A tal efecto, se han identificado dos justificaciones esenciales de estas reformas, en primer lugar, permitir a las empresas desprenderse de los trabajadores que menor contribución realizan a la productividad de la misma, dado el elevado número de ausencias a su puesto de trabajo y la consecuente alteración que ello supone para el normal desarrollo del ciclo productivo y organizativo de la empresa y, en segundo lugar, la reducción del gasto en prestaciones de incapacidad temporal, tanto para las empresas como para la Seguridad Social, en la medida que se considera que facilitar el despido en los supuestos de absentismo laboral permitirá corregir los pretendidos abusos existentes en esta prestación.<sup>129</sup>

En este punto, las reformas del artículo 52 d) del ET se han limitado a facilitar el recurso a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador mediante la flexibilización en la Ley 35/2010 y la definitiva eliminación en el Real Decreto-Ley 3/2012 de uno de sus requisitos clave, a saber, el índice general del absentismo en la empresa, apostándose una vez más de un modo exclusivo por el tratamiento punitivo del fenómeno del absentismo laboral frente a enfoques más preventivos del mismo. A tal efecto, mientras que la normativa anterior cuando posibilitaba la extinción de un contrato de trabajo lo hacía teniendo en cuenta no únicamente las faltas de asistencia de un determinado trabajador, sino atendiendo al nivel de absentismo global existente en el centro de trabajo, de modo que solo se amparaba la decisión extintiva del empresario cuando los niveles globales de absentismo que soportaba eran altos y, por tanto, comportaban una disfunción o perjuicio importante para el normal funcionamiento de la empresa, tras la reforma laboral de 2012, la extinción del contrato de trabajo del trabajador ausente también será posible cuando los niveles globales de absentismo que soporte el empre-

<sup>129</sup> Vid. GUALDA ALCALÁ, F.J.: *La reforma del despido objetivo y colectivo en la Ley 35/2010*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2011, págs. 83 y 84.

sario sean bajos o prácticamente inexistentes y, en consecuencia, las ausencias del trabajador no constituyan la referida disfunción o perjuicio importante para el normal funcionamiento de la empresa.

Por el contrario, las reformas laborales del 2010 y del 2012 no han abordado de un modo integral el absentismo laboral, ya que no inciden en la conceptualización del fenómeno, ni analizan las causas del mismo, ni mucho menos las medidas que podrían adoptarse para mitigarlo sin tener que recurrir en todo caso a la que debería ser la última y más traumática de las medidas, es decir, la extinción de la relación laboral. Por no abordar, las reformas no han abordado de un modo relevante ni tan siquiera la gestión de la incapacidad temporal, dejándose siempre esta cuestión para un momento posterior.<sup>130</sup> En definitiva, las reformas laborales del 2010 y del 2012 han perdido una nueva oportunidad para abordar de un modo integral la cuestión del absentismo laboral y para replantear el papel de esta vía de extinción contractual, así como también para resolver los numerosos problemas aplicativos que la misma plantea y que la hacen poco efectiva a la hora de conseguir la finalidad pretendida con la misma.<sup>131</sup>

<sup>130</sup> BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato...» *op. cit.*, pág. 92, mantiene al respecto que en relación con el absentismo laboral, «una profunda reforma de la prestación de incapacidad temporal y, sobre todo, del control de la misma parecía urgente y necesaria».

<sup>131</sup> Esta es una valoración prácticamente unánime en el seno de la doctrina. En este sentido, BLASCO PELLICER, A.: «La reforma de la extinción del contrato...» *op. cit.*, págs. 93 y 94, manifiesta al respecto que hubiera sido necesaria una reforma más amplia de este precepto. En la misma dirección, ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador...» *op. cit.*, pág. 403; BELLIDO ASPAS, M.: «La reforma laboral efectuada por la Ley 35/2010: modificaciones en las extinciones de los contratos», *Aranzadi Social*, núm. 16, 2011; GONZÁLEZ DÍAZ, F.: «Despidos...», *op. cit.*, pág. 197; ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUEIRAL, E.: *La reforma... op. cit.*, págs. 65 y 66 y ROMERO BURILLO, A.M.: «La reformulación de las causas...» *op. cit.*