

**LA INAPLICACIÓN DE LA REFORMA DEL DESPIDO POR ABSENTISMO
DEL TRABAJADOR A AUSENCIAS ANTERIORES
A SU ENTRADA EN VIGOR.**

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE
OCTUBRE DE 2013

Josep Moreno Gené
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Lleida

Abstract

La reforma del despido por absentismo del trabajador llevada a cabo con la reforma laboral del 2012 planteó la cuestión de si resultaba aplicable la nueva configuración del artículo 52 d) ET a las ausencias del trabajador anteriores a su entrada en vigor y, por tanto, podía procederse al despido del trabajador aunque no se acreditara el absentismo colectivo exigido hasta el momento, o si, por el contrario, tenía que aplicarse la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no procedería el despido del trabajador si no se acreditara que el absentismo de la plantilla ascendía al 2,5% exigido en la normativa a la sazón vigente. La STS de 16 de octubre de 2013 ha concluido al respecto que para proceder al despido por absentismo del trabajador debe aplicarse la normativa vigente en el momento en que se produjeron las ausencias que lo motivan. En el presente artículo se procede a analizar la problemática existente en este punto, así como la solución dispensada a la misma por el Tribunal Supremo.

The reform of dismissal for worker absenteeism introduced with the 2012 labour reform raised the question of whether the new wording of art. 52 d) of the Worker's Statute was applicable to worker absences prior to its entry into force or the redaction applicable when such absences occurred had to be applied. In the first case employers could dismiss workers without proving that the collective absenteeism of the workforce had reached 2.5%, whereas in the second case this proof would be necessary. On October 16, 2013 the Spanish Supreme Court found that the regulations on dismissal in force at the time of occurrence of the absences must be applied. The present paper analyses the problems arising from this issue and the solution determined by the Supreme Court.

Title: The reform of dismissal for worker absenteeism is not applicable to absences prior to its entry into force

Palabras clave: despido, absentismo del trabajador, irretroactividad, reforma laboral
Keywords: dismissal, worker absenteeism, non-retroactivity, labour reform

Sumario

1. La reforma del despido por absentismo del trabajador y los problemas derivados de su entrada en vigor.
2. El antecedente inmediato: los problemas derivados de la entrada en vigor de la reforma del despido por absentismo laboral de 2010.
3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013: inaplicación de la reforma del despido por absentismo del 2012 a ausencias anteriores a su entrada en vigor.
 - 3.1. El supuesto de hecho.
 - 3.2. Las doctrinas en contradicción.
 - 3.3. La doctrina del Tribunal Supremo y su valoración.

1. La reforma del despido por absentismo del trabajador y los problemas derivados de su entrada en vigor

La redacción actual del apartado primero del artículo 52 d) ET prevé la posibilidad de que el contrato de trabajo pueda extinguirse “por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses”. El apartado segundo del citado precepto matiza el alcance de dicha causa extintiva del contrato de trabajo al prever que no se computarán como faltas de asistencia las enumeradas de un modo expreso en dicho precepto. Entre las causas computables para actuar esta causa de extinción del contrato destacan las ausencias por enfermedad o accidente no laboral, aún justificadas, inferiores a una determinada duración, las cuales se configuran como el origen más habitual de las inasistencias justificadas que penaliza el artículo 52 d) ET.

El artículo 52 d) ET, por tanto, 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 suficientemente relevantes¹. Tradicionalmente, esta relevancia o suficiente entidad del absentismo se había vinculado al cumplimiento simultáneo de una doble exigencia cuantitativa. La primera exigencia, vigente aún en la actualidad, consiste en que el

¹ Para un estudio sobre la configuración de esta causa extintiva tras la reforma laboral de 2012 vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013 y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.

número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje. La segunda exigencia, suprimida inicialmente por el 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) y, posteriormente, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012)², consistía en que el resto de la plantilla del centro de trabajo también superara una determinada barrera de absentismo en los mismos períodos de tiempo tenidos en cuenta para determinar las faltas de asistencia del trabajador, la cual, si bien se había fijado inicialmente en un 5%, tras la reforma introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Ley 35/2010)³ había quedado reducida al 2,5%.

Tras la Ley 3/2012, por tanto, 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, habiéndose suprimido, por el contrario, cualquier exigencia de que el empresario sufra al mismo tiempo un determinado nivel de absentismo global.

La eliminación de la exigencia de que el empresario sufra un determinado nivel de absentismo global incide necesariamente en el fundamento de esta causa de extinción del contrato, puesto que permite proceder a la misma en cuanto se constata la excesiva onerosidad que suponen para el empresario 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. La supresión del requisito del absentismo total de la plantilla supone, por tanto, un indiscutible debilitamiento de esta causa de extinción del contrato, no en vano, al suprimirse el umbral colectivo de absentismo se hace desaparecer el único elemento objetivo con que poder presumir, que no acreditar, un perjuicio al empresario por inasistencia⁴. Se introduce así de un modo buscado por el legislador una fuerte presión

² BOE de 7 de julio.

³ BOE de 18 de septiembre.

⁴ Vid. RUIZ CASTILLO, M.M., “El despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en las reformas de 2012”, en AAVV, *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 360. En la misma dirección, vid. SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “La nueva regulación del absentismo laboral como causa de despido objetivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, comunicación presentada al *XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebrado en San Sebastián, mayo de 2012.

dirigida a que el trabajador renuncie a situaciones de ausencia al trabajo plenamente justificadas por el miedo a estar por encima de los umbrales fijados en la normativa, fomentándose de este modo un cierto "presentismo" de los trabajadores en la empresa por miedo a perder su puesto de trabajo.

Una reforma tan intensa de esta causa extintiva como la expuesta, como no podía ser de otro modo, enseguida levantó fuertes críticas en un sector de la doctrina, que tras mantener que “el nuevo art. 52 d) ET permite el despido del trabajador por enfermedad justificada por los servicios médicos salvo que la enfermedad sea de larga duración” y que “la finalidad de la norma es clara, establecer un principio de sospecha sobre la morbilidad de corta duración, y otorgar la amenaza del despido como forma de conseguir que el trabajador y la trabajadora acudan enfermos al trabajo y no hagan uso de la asistencia sanitaria a la que tienen derecho”, concluía que “es evidente la contradicción de este precepto con el art. 6 del Convenio 158 OIT, y asimismo su contraste con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles”⁵.

Más allá de las valoraciones que deba merecer la supresión del requisito del absentismo total de la plantilla, la entrada en vigor de esta nueva redacción del artículo 52 d) ET también ha comportado indudables dificultades prácticas. Entre estos aspectos problemáticos se encuentra la cuestión de determinar si resulta aplicable la actual configuración del artículo 52 d) ET a las ausencias del trabajador anteriores a la entrada en vigor de la nueva redacción de la norma y, por tanto, puede procederse al despido del trabajador aunque no se acredite el absentismo colectivo exigido al respecto, o si, por el contrario, ha de aplicarse la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no procedería el despido del trabajador si no se acreditara que el absentismo de la plantilla asciende al 2,5% exigido en la normativa a la sazón vigente. En consecuencia, ya desde un primer momento, la doctrina constató que “puede resultar problemático a la hora de tomar una decisión de despido por absentismo si las ausencias que provocan el cese (verificadas en un momento anterior a la entrada en vigor del RDLML) son susceptibles de ser tenidas en cuenta sin considerar el absentismo total de la plantilla del centro”. A tal efecto, se mantenía que “desde luego, cabe el despido por ausencias anteriores, al amparo de la nueva redacción, cuando concurriese el requisito de absentismo colectivo que venía recogiendo la norma”, por el contrario, se

⁵ Vid. BAYLOS GRAU, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 13.

consideraba que “es dudoso si cabe el despido cuando concurre la causa solo al amparo de la nueva redacción (que no de la vieja)”⁶.

Ante esta tesitura, la doctrina se ha mantenido dividida. A favor de que proceda esta extinción se han alegado varios argumentos: “la norma no descarta esta aplicación y está en vigor; no se trata de una sanción (despido disciplinario) sino de una medida de rentabilidad empresarial” y, en consecuencia, “en la medida en que es el del despido el momento que fija el régimen aplicable sin que tal solución infrinja la prohibición constitucional de irretroactividad, a la hora de valorar las ausencias habremos de estar a la norma vigente en tal momento, con independencia de que éstas se hayan producido antes o después de su entrada en vigor”⁷. En contra, se ha alegado que “se acaban valorando unos hechos con arreglo a norma posterior a su acaecimiento, en contra de la seguridad jurídica y con cierta semejanza a una restricción de derechos retroactiva”⁸.

Como no podía ser de otro modo y como se expondrá en los apartados siguientes, esta problemática ha sido abordada por los tribunales, los cuales han adoptado al respecto posicionamientos no ya diversos, sino contradictorios, lo cual ha motivado que el Tribunal Supremo haya tenido que resolver definitivamente la cuestión en su sentencia de 16 de octubre de 2013 objeto de este comentario, posteriormente ratificada por la sentencia de 3 de diciembre de 2013 y de 20 de febrero de 2014.

2. El antecedente inmediato: los problemas derivados de la entrada en vigor de la reforma del despido por absentismo laboral de 2010

Como ya se ha avanzado, aunque 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%. 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

⁶ Vid. el planteamiento de la cuestión en SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves para la reforma laboral de 2010 (Estudio del RDley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 237 y 238.

⁷ Vid. GOERLICH PESET, J.M., “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.), *La regulación del Mercado Laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 349.

⁸ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves para la reforma...*” cit. págs. 237 y 238.

que soportaba eran altos, presumiéndose en este punto que ello le acarrearía una disfunción o perjuicio importante para el normal funcionamiento de la empresa⁹.

La entrada en vigor de esta nueva redacción del artículo 52 d) ET dada por la Ley 35/2010 también planteó la cuestión de si el nuevo régimen jurídico podía aplicarse a las ausencias del trabajador anteriores a la entrada en vigor de dicha norma y, por tanto, podía procederse al despido del trabajador aunque no se acreditara el absentismo colectivo del 5% exigido al respecto, sino únicamente el del 2,5% ahora exigido, o si, por el contrario, tenía que aplicarse la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no procedería el despido del trabajador si no se acreditara que el absentismo de la plantilla ascendía al referido 5% exigido en la normativa a la sazón vigente.

En este punto se produjeron posicionamientos contradictorios en el seno de la doctrina judicial respecto a la valoración que debía merecer la aplicación de la reforma del despido por absentismo laboral llevada a cabo mediante la Ley 35/2010 a ausencias anteriores a su entrada en vigor. Por una parte, la STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2011 mantuvo que “ha de rechazarse, de partida, que el cómputo de las ausencias justificadas producidas en el mes de septiembre de 2010 implique una aplicación retroactiva de la reforma introducida en el art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores por la Disposición Adicional Vigésima de la ley 35/2010, que vulnera lo dispuesto en el art. 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución. Como ha señalado con reiteración el Tribunal Constitucional, no hay tal retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado (por todas, STC 227/88), ni se infringe el principio de seguridad jurídica porque el legislador lleve a cabo modificaciones en las normas legales, que entran en el ámbito de su potestad legislativa e incidirán necesariamente en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes (STC 99/87 y 70/88)”¹⁰. A partir de esta premisa, la resolución concluye que “no hay retroactividad en una relación de tracto sucesivo cuando la nueva norma se aplica al desarrollo futuro de la relación, sin afectar ni incidir sobre los efectos jurídicos ya consumados bajo la vigencia de la anterior normativa, como ocurre en el caso. En efecto, una cosa es que algunas de las ausencias computadas para la extinción del contrato se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del art. 52 d) ET, y otra bien distinta que no puedan ser valoradas jurídicamente conforme a una norma que autoriza a extinguir

⁹ Sobre el alcance de esta modificación vid. MORENO GENÉ, J., “La nueva configuración de la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la Ley 3/2012”, en ROMERO BURILLO, A.M. y MORENO GENÉ, J. (Coods.), *La gestión del absentismo laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 159 y ss.

¹⁰ JUR 2012\25818.

los contratos por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen los porcentajes fijados dentro de un período de doce meses, toda vez que ello en modo alguno implica su proyección sobre efectos jurídicos consumados, sino solo sobre una situación de hecho que estaba pendiente de calificación jurídica”.

Por otra parte, la STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2012 consideraba que “la aplicación del 2,5% sólo es posible respecto de las ausencias producidas a partir del 18 de septiembre de 2010, por cuanto la aplicación del mismo a hechos (ausencias) producidas en fechas previas en las que regían otros porcentajes, tanto a nivel individual, como colectivo, en cierto modo supondría la aplicación retroactiva de la norma en perjuicio del trabajador, en contra de las previsiones generales del art. 9.3 de la Constitución Española y art. 2.3 del Código Civil, y con vulneración del principio esencial de seguridad jurídica, por lo que, a lo sumo, ese porcentaje del 2,5% sería exclusivamente aplicable a la valoración del absentismo colectivo en el mes de noviembre de 2010, único de los meses elegidos que entraría dentro del ámbito de vigencia de la Ley 35/2010, y así las cosas, falla el segundo de los requisitos imprescindibles para la declaración de procedencia del despido por absentismo”¹¹.

En definitiva, los diferentes posicionamientos jurídicos expuestos por los tribunales parten de una interpretación radicalmente distinta de las consecuencias que se derivan del principio de irretroactividad de la norma en perjuicio del trabajador, así como del principio de seguridad jurídica, al considerarse por unos tribunales que la aplicación de la reforma del despido por absentismo del trabajador a las ausencias anteriores a la entrada en vigor de dicha norma es inocua para dichos principios, mientras que según otras resoluciones dicha aplicación supone una flagrante infracción de los mismos. La controversia existente en este punto hacía del todo necesario que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre la misma, resolviéndola de un modo definitivo.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013: inaplicación de la reforma del despido por absentismo del 2012 a ausencias anteriores a su entrada en vigor

3.1. El supuesto de hecho

El supuesto enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 reúne las siguientes características:

a) La actora ha permanecido en situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, durante los siguientes períodos: del 23 de noviembre de 2011 hasta

¹¹ AS 2012\1920.

el 25 de noviembre de 2011, del 1 de diciembre de 2011 hasta el 2 de diciembre de 2011 y del 2 de enero de 2012 al 10 de enero de 2012.

b) Durante dicho período la redacción del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la Ley 35/2010 disponía que “el contrato podrá extinguirse... por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5% en los mismos períodos de tiempo.”

c) El Real Decreto-Ley 3/2012, que entró en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 12 de febrero de 2012, mantuvo la redacción del precepto, pero suprimiendo el último inciso, el que exigía que el índice total de absentismo del centro de trabajo superara el 2,5% en el período de ausencias del trabajador.

d) El 1 de marzo de 2012, la empresa comunica a la trabajadora la extinción de su contrato por causas objetivas, al amparo de lo establecido en el artículo 52 d) ET, en redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2012, por faltas al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcanzan el 26,83% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

A partir de estas premisas se planteó la cuestión de determinar si como hizo la empresa era aplicable la redacción del artículo 52 d) ET otorgada por el Real Decreto-Ley 3/2012 a las ausencias de la actora anteriores a la entrada en vigor de dicha norma o si debía haberse aplicado la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no hubiera procedido el despido objetivo ya que no se había acreditado que el absentismo de la plantilla en igual período había alcanzado el 2,5%.

Ante esta tesitura, el Juzgado de lo Social núm. 9 de Bilbao dictó sentencia el 11 de julio de 2012 desestimando la demanda presentada por la trabajadora y, en consecuencia, admitiendo la validez del despido realizado por la empresa. Frente a esta resolución, la trabajadora interpuso el correspondiente recurso de suplicación que fue resuelto mediante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de noviembre de 2012 (recurso 2445/2012) que estimó el recurso formulado, declarando la nulidad del despido y condenando a la empresa a la inmediata readmisión de la actora y al abono de los salarios dejados de percibir desde su cese hasta la fecha de notificación de la sentencia.

Frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de noviembre de 2012 se plantea el correspondiente recurso de casación resuelto por la STS de 16 de octubre de 2013 objeto del presente comentario.

3.2. Las doctrinas en contradicción.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de noviembre de 2012 se incardina en lo que constituye la doctrina más extendida en este punto de los Tribunales Superiores de Justicia, representada entre otras, por la STSJ del País Vasco de 27 de diciembre de 2012, la STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2012¹², la STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2013¹³ y la STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de noviembre de 2012, que abogan por considerar que la aplicación del nuevo régimen jurídico del despido por absentismo a ausencias producidas en fechas previas en las que regían otros porcentajes, tanto a nivel individual, como colectivo, en cierto modo supondría la aplicación retroactiva de la norma en perjuicio del trabajador, en contra de las previsiones generales del artículo 9.3 de la Constitución Española y artículo 2.3 del Código Civil y a su vez una vulneración del principio esencial de seguridad jurídica. En consecuencia, esta línea jurisprudencial considera que la determinación de la norma aplicable depende, no del momento en el que se entregó la carta de despido, sino del momento en el que tuvieron lugar los hechos en los que la misma se basa, al no contemplarse en la citada Ley su aplicación retroactiva y por ser la misma contraria a lo establecido en el artículo 9.3 CE.

Esta doctrina entronca, a su vez, con un planteamiento más amplio sobre los efectos que cabe atribuir a la reforma laboral del 2012 sobre situaciones anteriores a su entrada en vigor. A tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2012, a partir de la previsión contenida en el artículo 2.3 CC, que prevé que “las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario” y del principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9 CE, concluye que la doctrina de suplicación ha considerado, justamente en relación con el Real Decreto-Ley 3/2012, que “no puede aplicarse a supuestos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor en aquellas cuestiones en las que no previera una retroactividad expresa (por todas, STSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 de marzo de 2012 (AS 2012/867) y STSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012 (AS 2012/211) –que versan en concreto sobre salarios de tramitación–)”¹⁴.

¹² AS 2012\1920.

¹³ AS 2013\1890.

¹⁴ AS 2012\2514.

En el extremo contrario se encuentra la doctrina contenida en la sentencia de contraste invocada en el recurso de casación que da lugar a la STS de 18 de octubre de 2013 objeto de este comentario, es decir, en la ya citada STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2011. Llama la atención que esta sentencia, como ya se ha indicado, aborda una cuestión similar pero distinta a la planteada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de noviembre de 2012, no en vano, en la STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2011 el objeto del litigio consistía en determinar si era aplicable la redacción del artículo 52 d) ET otorgada por la Ley 35/2010 a las ausencias de la actora anteriores a la entrada en vigor de dicha norma o si, por el contrario, debía haberse aplicado la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no hubiera procedido el despido objetivo ya que no se había acreditado que el absentismo de la plantilla en igual período había alcanzado el 5%. Por el contrario, la STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2012 aborda la cuestión de si pueden aplicarse las previsiones del artículo 52 d) ET a ausencias de la trabajadora acontecidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012.

Pese a ello, la STS de 16 de octubre de 2013 concluye que entre las sentencias comparadas concurren las identidades exigidas para fundamentar el recurso de casación, no en vano, “en ambos casos se trata de trabajadoras que han permanecido en situación de IT determinados periodos y que la empresa procede a extinguir su contrato de trabajo, al amparo del art. 52 d) ET, por superar dichas faltas, aún justificadas, el umbral establecido en el precitado art. 52 d) ET”. A criterio del Tribunal, “en ambos supuestos las ausencias de trabajo se producen en una fecha anterior a la entrada en vigor de una norma que introduce determinadas modificaciones en los requisitos exigibles para proceder a la extinción del contrato al amparo del art. 52 d) ET, planteándose si es posible la aplicación de la nueva norma a las ausencias anteriores a su entrada en vigor”. A partir de estas premisas, el Alto Tribunal concluye que “las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no procede la aplicación, la de contraste entiende que es plenamente aplicable”¹⁵.

En definitiva, no es óbice para apreciar la contradicción exigida que en la sentencia recurrida la norma aplicable sea la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012 –que suprimió el requisito de que tenía que existir un absentismo de un 2,5% en la plantilla de la empresa en el período de referencia– y en la de contraste la modificación introducida por la disposición adicional 20 de la Ley 35/2010 –que reduce el índice de absentismo de la plantilla de un 5% al 2,5%–, pues lo relevante es si se aplica la nueva regulación a ausencias producidas antes de la entrada en vigor de la misma.

¹⁵ Estos argumentos se reiteran en la STS de 3 de diciembre de 2013 (RJ 2014\47) y de 28 de febrero de 2014.

En cualquier caso, la misma doctrina recogida en la STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2011 se ha mantenido con posterioridad en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, esta vez en relación con la valoración que debe merecer la aplicación de la reforma de la extinción del contrato por absentismo laboral llevada a cabo mediante el Real Decreto-Ley 3/2012 a ausencias anteriores a su entrada en vigor¹⁶. A tal efecto, la STSJ de Asturias de 26 de octubre de 2012, tras reproducir los argumentos ya contenidos en la STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2011 concluye que pueden ser valoradas las ausencias producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma por cuanto que ello no implica en ningún caso la proyección de la nueva normativa sobre efectos jurídicos ya consumados sino sobre una situación de hecho pendiente de calificación jurídica.

Esta doctrina proclive a admitir los despidos por absentismo del trabajador en base a ausencias que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del artículo 52 d) ET operada en el año 2012 se apoya en diferentes argumentos¹⁷. En primer lugar, se ha acudido a la doctrina del Tribunal Constitucional, según el cual, no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado (por todas, STC 227/88), ni se infringe el principio de seguridad jurídica porque el legislador lleve a cabo modificaciones en las normas legales, que entran en el ámbito de su potestad legislativa e incidirán necesariamente en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes” (STC 99/87 y 70/88). En consecuencia, como ya se ha anticipado, se concluye que “no hay retroactividad en una relación de tracto sucesivo cuando la nueva norma se aplica al desarrollo futuro de la relación, sin afectar ni incidir sobre los efectos jurídicos ya consumados bajo la vigencia de la anterior normativa, como ocurre en el caso. En efecto, una cosa es que algunas de las ausencias computadas para la extinción del contrato se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del art. 52 d) ET, y otra bien distinta que no puedan ser valoradas jurídicamente conforme a una norma que autoriza a extinguir los contratos por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen los porcentajes fijados dentro de un período de doce meses, toda vez que ello en modo alguno implica su proyección sobre efectos jurídicos consumados, sino solo sobre una situación de hecho que estaba pendiente de calificación jurídica”.

En segundo lugar, también se ha indicado que el Real Decreto-Ley 3/2012 no ha incorporado una normativa transitoria para situaciones preexistentes, de modo que debe aplicarse la regulación vigente en el momento del despido, con independencia de que las ausencias se hayan producido antes de la entrada en vigor de dicha norma.

¹⁶ JUR 2012\367927.

¹⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2013 (AS 2013\1890).

En tercer lugar, se ha comparado este supuesto con la reforma de los despidos objetivos por causas económicas, no en vano, el artículo 51 ET también ha resultado modificado por el citado Real Decreto-Ley 3/2012, habiéndose producido numerosos despidos al amparo del nuevo redactado, sin que se haya planteado la inaplicabilidad de la norma a situaciones económicas negativas producidas desde fechas previas a la entrada en vigor de la reforma.

Finalmente, también se ha puesto de manifiesto que el carácter no sancionador del despido objetivo por absentismo, que se apoya en motivos no inherentes a la persona del trabajador, permite justificar el despido del trabajador en base a ausencias previas a la reforma de 2012.

3.3. La doctrina del Tribunal Supremo y su valoración

La cuestión de si resulta aplicable la redacción del artículo 52 d) ET otorgada por el Real Decreto-Ley 3/2012 a las ausencias del trabajador anteriores a la entrada en vigor de dicha norma o si, por el contrario, debe aplicarse en todo caso la redacción vigente del precepto cuando se produjeron las ausencias, ha sido finalmente resuelta por la STS de 16 de octubre de 2013, siendo la doctrina contenida en esta resolución posteriormente reiterada por la STS de 3 de diciembre de 2013.

A tal efecto, el Tribunal Supremo concluye que para proceder al despido por absentismo del trabajador debe aplicarse la normativa vigente cuando se produjeron las ausencias que lo motivan. El Tribunal Supremo llega a esta conclusión en base a los siguientes argumentos.

El primer argumento de índole constitucional se apoya en el artículo 9.3 CE que proclama con total rotundidad que la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por ello, aplicar la nueva redacción del artículo 52 d) ET a situaciones acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, supone no respetar la irretroactividad de las normas que, en este supuesto, son restrictivas del derecho de la actora, pues eliminan un requisito –el absentismo del 2,5% de la plantilla– para que el contrato pueda extinguirse a instancia del empresario por justa causa.

El segundo argumento, consiste en poner de manifiesto que la disposición final decimosexta del Real Decreto-Ley 3/2012 se limita a consignar que dicha norma entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el 11 de febrero de 2012. A lo que cabe añadir que, a pesar de que dicha norma contiene hasta doce disposiciones transitorias relativas a múltiples materias, ninguna de

ellas establece un régimen transitorio aplicable a la extinción de contratos de trabajo realizados al amparo del artículo 52 d) ET. Por todo ello, la entrada en vigor de la nueva redacción del precepto para las extinciones por dicha causa se produce a partir del 12 de febrero de 2012, ya que no se prevé en la norma efecto retroactivo alguno para el artículo 52 d) ET.

Un último argumento se apoya en el artículo 2.3 del Código Civil que establece que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. En consecuencia, no estableciendo el Real Decreto-Ley 3/2012 que la nueva redacción del artículo 52 d) ET tenga carácter retroactivo, ha de predicarse la irretroactividad de la nueva regulación.

Más allá de los impecables argumentos jurídicos invocados por la STS de 16 de octubre de 2013, la interpretación adoptada por el Tribunal Supremo es la que mejor se adapta al fundamento del despido del trabajador por sus ausencias al trabajo previsto en el artículo 52 d) ET que, como recordaba la STS de 23 de enero de 2007, tiene por finalidad esencial “la lucha contra el absentismo laboral, pues esta particular figura de despido objetivo que prevé el art. 52 d) del ET no es otra 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”.

A partir de esta premisa, resulta evidente que a pesar de la ausencia del carácter sancionador o disciplinario, en el despido por absentismo del trabajador, está presente en cierto modo el elemento de voluntad del trabajador, en la medida en que éste, en determinados casos, puede adoptar la decisión de acudir o no a los servicios médicos y obtener una baja médica, normalmente por patologías de gravedad leve y corta duración. Esta decisión puede adoptarse en función de la normativa reguladora del despido por absentismo del trabajador, de modo que la misma tiene una incidencia decisiva sobre la actuación del trabajador. En consecuencia, en caso de admitirse la aplicación de la redacción del artículo 52 d) ET otorgada por el Real Decreto-Ley 3/2012 a las ausencias del trabajador anteriores a la entrada en vigor de dicha norma, se estarían alterando *a posteriori* y en perjuicio del trabajador, las reglas de juego y, por tanto, el contexto normativo, en el que se produjeron dichas ausencias, negando al trabajador la posibilidad de haber evitado aquellas ausencias que a la postre van a desencadenar la extinción de su contrato.