

●●● ABSENTISMO

EL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO NO ES INCONSTITUCIONAL

#BeRightBack

J. ALEJANDRO DE MIGUEL DIEZ,
Abogado Abdón Pedrajas
amd@abdonpedrajas.com.

El art. 52.d) ET persigue proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, eximiendo al empresario de la obligación de mantener una relación laboral que ha devenido excesivamente onerosa por repetidas, interrumpidas y breves faltas de asistencia del trabajador .

El despido objetivo por absentismo viene regulado en el art. 52.d) ET, y para su uso es necesario que las faltas de asistencia que tenga el trabajador alcancen alternativamente los siguientes umbrales:

- El **20%** de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, exigiéndose además que el total de faltas de asistencia del trabajador despedido en los 12 meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles.
- El **25%** de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos, dentro de un periodo de 12 meses.

No obstante lo anterior, a la hora de computar las faltas de asistencia, no se consideran ni las que se produzcan por el ejercicio legítimo de un derecho, ni las que se deriven de situaciones especialmente protegidas. El precepto se refiere a las faltas debidas a huelga general, al tiempo dedicado a actividades de representación legal de los trabajadores, a las faltas debidas a accidente de trabajo, a las debidas a maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y paternidad, y a las faltas que se producen por licencias y vacaciones. Asimismo, también se deben excluir del cómputo las bajas por enfermedad común o accidente no laboral que tengan una duración superior a 20 días consecutivos y hayan sido acordadas por los servicios médicos.

Pues bien, el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona planteó ante el Tribunal Constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad nº 2960-2019, en relación con este tipo de despidos. Argumentaba, fundamentalmente, que el art. 52.d) ET podría vulnerar los arts. 15 (derecho a la integridad física y moral), 43.1 (deber de los poderes públicos de tutelar la salud pública) y 35.1 (derecho al trabajo) de la Constitución Española (CE).

Sin embargo, el Pleno del TC, en su sentencia de fecha 16 de octubre de 2019 (que cuenta con 3 votos particulares), ha acabado desestimando la cuestión de inconstitucionalidad, confirmando la legalidad de este tipo de despidos. Basa su decisión en los siguientes fundamentos:

- Respecto al **derecho a la integridad física y moral**, el TC deja claro que el art. 52.d) ET no vulnera el art. 15 CE, pues para que así fuera "sería necesario que se produjera una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador". El derecho a la integridad física y moral, tal y como está configurado constitucionalmente, protege a todas las personas frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano que dañen la integridad corporal y que supongan un peligro grave y cierto para la salud, así como frente a actuaciones no materiales, como las órdenes del empresario, que incumplan las obligaciones impuestas en materia de prevención de riesgos laborales.



Así, parece realmente difícil encontrar una conexión directa entre el art. 15 CE y la actuación de un empresario que, al amparo de la ley, acaba despidiendo a un trabajador por la cantidad de veces que en un determinado periodo de tiempo ha faltado al trabajo por estar aquejado de una enfermedad de corta duración.

Además, no puede olvidarse que si las faltas de asistencia del trabajador se producen por un motivo médico que conlleva un riesgo para la vida o la integridad física del mismo, estaríamos en el supuesto de faltas de asistencia por enfermedad grave, y esos periodos de baja, como se ha indicado, no serían computables para el despido porque se entiende precisamente que en esos casos puede haber un riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados.

- En relación con el **derecho a la protección de la salud**, el TC afirma categóricamente que el art. 52.d) ET no vulnera el art. 43.1 CE, y, valga añadir, tampoco el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE). El precepto cuestionado no obliga realmente al trabajador a acudir al trabajo estando enfermo; simplemente se limita a regular la posibilidad de que el empresario extinga el contrato por faltas de asistencia que, justificadas e intermitentes, alcancen determinados porcentajes, y siempre que, además, se deriven expresamente de enfermedades de corta duración.

Pero lo que está claro es que el art. 52.d) ET no incide en ningún momento *“en el régimen de acceso y en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores, que se prestará en todo momento a través de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud que correspondan”*, motivo por el que no es posible sostener realmente que se conculque el derecho a la protección de la salud de los trabajadores.

- Por último, respecto del **derecho al trabajo** (art. 35.1 CE), cierto es que este tipo de despidos contiene, efectivamente, una limitación

parcial de este derecho, pero esa limitación legislativa se ha establecido al amparo de un derecho constitucional de igual protección, esto es, el art. 38 CE, el cual, además de reconocer la libertad de empresa, también recoge que los poderes públicos deben garantizar y proteger la defensa de la productividad. Al respecto, el TC avala la constitucionalidad del art. 52 d) ET al *“...responder al interés legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficacia en el trabajo, atendiendo a la especial onerosidad de las bajas intermitentes y de baja duración.”*

Asimismo, no puede obviarse que este tipo de despidos lleva su correspondiente indemnización (20 días por año trabajado, con un tope de 12 mensualidades), que puede impugnarse en su caso ante la jurisdicción social y que, realmente, tiene una finalidad legítima y constitucional, que no es otra que luchar contra el absentismo.

Y es que el art. 52.d) ET persigue proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, eximiendo al empresario de la obligación de mantener una relación laboral que ha devenido excesivamente onerosa por repetidas, interrumpidas y breves faltas de asistencia del trabajador. Lo hace ponderando los derechos e intereses en conflicto, teniendo en consideración las numerosas excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato y los porcentajes de ausencias minuciosamente establecidos.

Por tanto, este tipo de despido no es gratuito. Tampoco prescinde de causa. Es una medida que el legislador ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico minuciosamente para paliar las consecuencias de la morbilidad intermitente y excesiva en el trabajo.

Porque, tal y como afirmó el TJUE, en su sentencia del 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016: *“combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b) inciso i) de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo”*.]

El art. 52.d) ET no incide en ningún momento *“en el régimen de acceso y en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores, que se prestará en todo momento a través de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud que correspondan”*, motivo por el que no es posible sostener realmente que se conculque el derecho a la protección de la salud de los trabajadores •