

Edita: Secretaría Confederal de Acción Sindical y Salud Laboral

· Plaza de Santa Bárbara, 5, 6º - 28004 - Madrid · Telf.: + 34 577 41 13

· www.uso.es · Facebook: Acción Sindical USO · Twitter: @AccionsindUSO

EL TC AVALA EL DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS POR FALTAS DE ASISTENCIA JUSTIFICADAS.

Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia de 17 de octubre de 2019. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2960/2019.

La sentencia del TC avala el despido objetivo de una trabajadora por faltas de asistencia al trabajo aun estando justificadas por baja médica, amparándose en el artículo 52 d) del ET. Desestima así, la cuestión de inconstitucionalidad planteado por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación al art. 52 d) del ET al no apreciar vulneración del derecho a la integridad física y moral, del derecho al trabajo y del derecho a la protección de la salud.

El artículo 52 d) del ET, regula que el contrato de trabajo podrá extinguirse por causas objetivas cuando las faltas de asistencia superan el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, teniendo en cuenta que el total de las faltas debe superar el 5% de las jornadas hábiles en un periodo de doce meses o el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses no consecutivos dentro de un periodo de doce meses.

Al mismo tiempo, el precepto establece una relación de causas que no se computan como faltas de asistencias al trabajo. Estas son: las huelgas legales, el ejercicio de actividades de representación de los trabajadores, riesgo en el embarazo, parto o lactancia, el accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral (siempre que la baja médica se haya acordado por el sistema público de salud y su duración no supere los 20 días consecutivos), las licencias o vacaciones, las bajas de maternidad o paternidad, así como los casos de víctimas de violencia de género y tratamientos contra el cáncer o enfermedad grave.

Para el supuesto concreto, no concurren ninguna de las causas justificativas anteriores y la empresa acredita que la trabajadora se ha ausentado nueve días hábiles de los cuarenta hábiles en los dos meses continuos que se han tenido en cuenta, lo que supone que sus ausencias alcanzan el 22,50% de las jornadas hábiles del periodo. Esto supone que se ha superado el 20% establecido en el art. 52 d) del ET para proceder al despido objetivo.

En relación al art. 15 de la CE, el TC declara que sólo podría determinarse que la actuación de la empresa en relación a las bajas por enfermedad del trabajador vulnera el art. 15 de la CE [...] *“cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado [...]”*. Y, concluye, que esta circunstancia no es aplicable al caso concreto.

Sobre la posible vulneración del art. 35.1 de la CE que reconoce el derecho al trabajo, el TC recoge la cita del art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, ratificado por España el 18 de febrero de 1985, el cual determina que: [...] *“la ausencia de trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo [...]”*.

Sin embargo, para el TC tampoco existe vulneración ya que acoge la tesis planteada por el Fiscal en este punto, asumiendo que el art. 35.1 de la CE lo que reconoce es el derecho de acceso al trabajo, mientras que, en este caso, lo que se cuestiona es la conservación o estabilidad del empleo.

Respecto a la colisión del art. 52 d) del ET con el art. 43.1 de la CE, el TC entiende que con la regulación del artículo del ET el poder legislativo no está desprotegiendo la salud de los trabajadores, sino regulando un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas, el absentismo laboral en determinadas circunstancias.

En consecuencia, el TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad interpretando que el art. 52 d) del ET tiene como [...] *“finalidad legítima evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias de trabajo, que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) [...]”*.

La Sentencia del Tribunal Constitucional ha contado con ocho votos a favor y cuatro en contra. El voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer estima que el artículo 38 de la CE, entendido como libertad de empresa, es un derecho constitucionalmente garantizado en el que no cabe encajar cualquier decisión empresarial, por lo que excluye aquellas medidas dirigidas a controlar el absentismo laboral a través de decisiones que extinguen los contratos de los trabajadores y trabajadoras ya que estas medidas basadas en despidos sin causa, colisionan con el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE.

El artículo 43 de la CE que reconoce el derecho a la protección de la salud, debe ser puesto en relación con el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la CE. En consecuencia, según la Magistrada, no se puede anteponer la libertad de empresa o la defensa de la productividad, al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores y trabajadoras.

Y añade, que el entendimiento que hace el TC del artículo 52 d) del ET conduce a que pueda darse la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas aplicando el artículo por ausencias justificadas derivadas de enfermedad de corta duración, lo que en palabras de la Magistrada: [...] *“empujaría a los trabajadores y trabajadoras a prescindir del cuidado de su salud para no faltar al trabajo (especialmente a aquellos que más dificultad de reinserción en el mercado laboral presentan), pudiendo llegar ello, incluso, a producir graves consecuencias para su salud individual, aparte de ser susceptible de generar serios riesgos de salud pública.”*[...]

Desde USO, entendemos que esta sentencia supone un paso atrás, ya que es una forma de penalizar la enfermedad de los trabajadores y trabajadoras. La baja por contingencia común prescrita por facultativo acredita que el trabajador está enfermo y, por lo tanto, no es un caso de absentismo, ya que la ausencia no es voluntaria. Asimismo, cabe destacar, que no existe ningún indicador oficial que defina qué es el absentismo y mida su repercusión real.

Esta situación provoca que los trabajadores y trabajadoras acudan a su puesto de trabajo con dolencias no laborales por miedo a perder sus empleos. Y, además, de generar un problema de salud pública, aumentan las posibilidades de siniestralidad laboral, o de que una dolencia se agrave al no disponer del tiempo necesario de recuperación.

DEROGACIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO POR AUSENCIAS.

El Consejo de Ministros aprobó, el 8 de febrero de 2020, la derogación del despido objetivo por ausencias regulado en el artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores, que ha seguido su trámite parlamentario y fue convalidada por el Congreso el pasado 26 de marzo. Desde USO, celebramos esta derogación, reivindicada por nuestro sindicato desde 2012, que penalizaba la enfermedad a través del despido injusto. El despido por ausencias, aun justificadas, ha sido muy utilizado sobre todo en los sectores más precarios, especialmente en servicios y sobre todo en *Contact Center*. Como no puede ser de otra manera, las personas más afectadas han sido las más vulnerables.

¿Qué cambia?

Con la derogación de este tipo de despido, se lleva a cabo la aplicación de lo ya recogido en dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deja claro que este despido genera una discriminación indirecta por razón de discapacidad y género. Y eso a pesar de que, recientemente, el Tribunal Constitucional avaló este tipo de despido poniendo por delante la protección de la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, y dejando en un segundo plano el derecho constitucional de protección de la salud de los trabajadores y trabajadora. Es importante recordar que, para las situaciones de ausencias injustificadas, abusivas o fraudulentas, nuestra normativa ya prevé en el artículo 54.2.a del Estatuto de los Trabajadores el despido disciplinario.

La reforma del despido por ausencias en 2012 no es un hecho aislado, sino que está vinculado a un programa de reformas de carácter economicista, destinadas al ahorro a costa de la salud de los trabajadores, como son la Ley de Mutuas y el RD de regulación de la IT. Realizadas en un clima de opinión en el que se establece que el absentismo es uno de los principales problemas de las empresas españolas, cuando no existe un sistema establecido para definir realmente qué se considera absentismo ni cómo cuantificarlo de forma objetiva. De nuevo, [desde USO reiteramos la necesidad de establecer un indicador oficial](#) que defina que es absentismo y mida su repercusión real.

Es importante recordar que se ha derogado el articulado, no se sustituye o modifica, por lo que el despido por acumulación de bajas médicas justificadas sí deja de ser una causa objetiva para el despido de un trabajador, pero sigue pudiendo ser despedido, aunque con más coste para la empresa, de 22 a 33 días. Además, nos preguntamos en qué situación quedan los trabajadores afectados por este despido para los que la derogación llega tarde.