

Absentismo justificado y despido: el empleado carga con el caso fortuito

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Las bajas por enfermedad, incluso breves, las cubre la Seguridad Social mediante su prestación de incapacidad temporal. Pero existe una parte que grava al empresario. Por lo demás, no todas las faltas del trabajador, aun justificadas, provienen de una enfermedad, sino que pueden tener otras causas. Por esta razón, la norma laboral, equilibrando intereses en conflicto, permite el despido objetivo si el trabajador reitera faltas —aun justificadas— de forma intermitente y durante un determinado plazo de tiempo, decisión legal avalada ahora constitucionalmente.

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre del 2019 ha avalado la constitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 52d del Estatuto de los Trabajadores (LET), precepto que permite despedir objetivamente por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas. Comoquiera que ello ya había sido resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero del 2018, asunto C 270/2016, *Ruiz Conejero*, la cuestión de inconstitucionalidad no se plantea desde la perspectiva de la discriminación por discapacidad, sino por la posible vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE).

El planteamiento del juzgado que presenta la cuestión de inconstitucionalidad responde a una pluralidad de argumentos. En primer lugar, se entiende que la regulación legal del

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

despido objetivo por absentismo podría condicionar el comportamiento de los trabajadores que, ante el temor de perder su puesto de trabajo, «pudieran orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto y asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso puede complicar la evolución de su enfermedad». En segundo lugar, se considera que el interés de combatir el absentismo laboral al que obedece el artículo 52d del Estatuto de los Trabajadores, aunque tiene un fundamento constitucional —el derecho a la libertad de empresa y, mediatamente, el derecho a la propiedad privada—, puede protegerse de forma igualmente eficaz por otros medios. De hecho, entiende el juzgado que deberían tenerse en cuenta únicamente las ausencias injustificadas, esto es, las que sí dependen de la voluntad de los trabajadores y no así las ausencias por enfermedad, aun de breve duración, amparadas por baja médica expedida por los correspondientes servicios médicos oficiales. En tercer lugar, indica que las ausencias por baja médica normalmente ya implican una merma económica para el trabajador que por sí misma resulta desincentivadora pues, aun cuando esté protegida por una prestación de la Seguridad Social, no siempre alcanza el cien por cien. Por último, sostiene que, quizá la ponderación de intereses implícita en la regulación legal pudiera no ser suficiente para proteger situaciones derivadas de enfermedades crónicas, de curso fluctuante, especialmente limitantes en las fases de agudización sintomática que dan lugar a breves pero reiterados periodos de incapacidad temporal, cuyo diagnóstico la empresa ni siquiera debería conocer.

2. Al hilo de la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero del 2018, asunto *Rviz Conejero*, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre del 2019 admite expresamente que «la naturaleza objetiva del despido regulado en el artículo 52d LET obedece a la finalidad lícita de eximir al empresario de la obligación de mantener una relación laboral que ha devenido onerosa en exceso para la empresa, por las repetidas faltas de asistencia del trabajador a su puesto; esas ausencias intermitentes, aun cuando lo sean por causas justificadas, generan un incremento de costes laborales que la empresa no tiene por qué soportar» (FJ 3). No en vano, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero del 2018 establecía que «combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2b, inciso i, de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo» (cdo. 44), y es a los órganos jurisdiccionales a los que corresponde verificar en el caso concreto que la medida legislativa aplicada no va más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad legítima. Y, así, entre los aspectos relevantes que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta para efectuar esa verificación destacan, según la misma sentencia, «en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral» (cdo. 47).

Mas aquí el conflicto se plantea, principalmente, en torno a tres preceptos constitucionales, a saber, los artículos 15, 43 y 35 de la Constitución española (CE), respectivamente. Por lo que se refiere a la protección de la integridad física a la que alude el artículo 15, sólo se consideraría que una actuación empresarial vulnera dicho derecho cuando se demostrara que de dicha actuación se deriva un peligro grave y cierto para la salud del afectado (STC 220/2005, FJ 4, por todas). Pero tal circunstancia no se deduce de la aplicación de la norma controvertida. Se antoja difícil encontrar una conexión directa entre el derecho a la integridad física y la

actuación de un empresario que, al amparo del precepto legal cuestionado, despide a un trabajador con motivo del número de veces que, en un determinado periodo de tiempo, ha faltado al trabajo por estar aquejado de una enfermedad de corta duración. «No hay que olvidar que la causa del despido no es en este caso el mero hecho de estar enfermo el trabajador, sino la reiteración intermitente del número de faltas de asistencia al trabajo, justificadas o no, que hayan tenido lugar en un determinado periodo de tiempo —absentismo laboral—» (FJ 4). Teniendo en cuenta las exclusiones que ha efectuado el legislador, las ausencias que pueden dar lugar a la aplicación de dicho precepto legal por este motivo serían las derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración —hayan dado lugar o no a la expedición de partes médicos de baja—, manteniendo así el legislador el obligado equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabajadores y evitando que «con la medida prevista en el artículo 52 d LET se produzcan situaciones injustas o efectos perversos» (FJ 4). En consecuencia, la norma cuya constitucionalidad se cuestiona no supone que el despido acompañado de la indemnización correspondiente adoptado por el empresario genere un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados.

En cuanto a la vulneración del artículo 43 de la Constitución por el que se protege el derecho a la salud, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre del 2019 entiende que el precepto cuestionado no incide en ningún momento en el régimen de acceso ni en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores, que se prestará en todo momento en los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud que correspondan, tanto si le ha sido expedido al trabajador el parte médico de baja como si no, pero precisa atención sanitaria. Por otra parte, a efectos de la decisión extintiva que permite el artículo 52d del Estatuto de los Trabajadores, no se computan las faltas de asistencia al trabajo debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja médica tenga una duración de más de veinte días consecutivos. No se computan tampoco las ausencias debidas a una enfermedad grave o a un accidente de trabajo, con independencia de su duración y tampoco, en el caso de las trabajadoras, las derivadas de la situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia, de las enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia y las motivadas por la situación física o psicológica debida a la violencia de género. En definitiva, «mediante la regulación controvertida el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el artículo 52d LET no vulnera el derecho a la protección de la salud que el artículo 43.1 CE reconoce, ni tampoco, valga añadir, el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE)» (FJ 5).

3. Finalmente, se cuestiona si ha de considerarse vulnerado el derecho al trabajo protegido en el artículo 35.1 de la Constitución. Como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre del 2019, la vertiente del derecho al trabajo que estaría concernida por la norma cuestionada no es la que se refiere al acceso al trabajo, sino a su conservación —o, si se prefiere, a la estabilidad en el empleo—, toda vez que lo que el artículo 52d del Estatuto de los Trabajadores regula es uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas —el absentismo laboral en determinadas condiciones—. Y, en este sentido,

la sentencia subraya como el precepto cuestionado «no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de la concreta causa extintiva del contrato de trabajo que regula —el absentismo laboral— de objetividad y certidumbre» (FJ 6). El citado precepto determina con claridad el número de faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, delimita el periodo en el que se computan, establece una indemnización legal cuando se ejecuta el despido, prevé los supuestos que no pueden ser computados como faltas de asistencia al trabajo a estos efectos y somete la decisión empresarial a revisión judicial. «En consecuencia, no es posible apreciar desde esta perspectiva que la delimitación de la causa objetiva de extinción del contrato de trabajo que regula el cuestionado artículo 52d LET vulnere el artículo 35.1 CE, sin que a este tribunal le corresponda enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles» (FJ 6).

Sin embargo, la sentencia reconoce que el precepto cuestionado contiene una limitación parcial del derecho al trabajo, pero esa limitación se encuentra justificada porque el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa y encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como la defensa de la productividad. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, «el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE no es absoluto ni incondicional» (FJ 3). Y, así, las «exigencias derivadas del artículo 38 CE pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa» (STC 192/2003, FJ 4). En definitiva, y como ya se expuso en la Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2018, el artículo 52d del Estatuto de los Trabajadores incorpora «un régimen de protección de los intereses del empleador frente a la ausencia del trabajador a su puesto de trabajo, que encuentra su equilibrio en la delimitación por el legislador de una serie de causas de exclusión del cómputo del absentismo, que guardan relación con las situaciones individuales en las que el trabajador o trabajadora se pueda encontrar» (FJ 5). Por lo demás, y en relación con la presunta contradicción del artículo 52d del Estatuto de los Trabajadores con el artículo 6.1 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo —«la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo»— que apunta el auto de planteamiento, la sentencia recuerda que «los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas, al margen de su valor hermenéutico ex artículo 10.2 CE en el caso de los textos internacionales sobre derechos humanos» (por todas, STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6). Como ya ha expuesto en anteriores ocasiones, la eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España no determina por sí misma violación constitucional alguna: se trata de un juicio de aplicabilidad —control de convencionalidad— que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria. Pese a ello, el tribunal no aprecia contradicción alguna entre estas normas por cuanto, de acuerdo con el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, el legislador puede establecer su regulación dentro de su margen de configuración ponderando los derechos e intereses en conflicto, como efectivamente ha hecho mediante la regulación contenida en el artículo 52d del Estatuto de los

Trabajadores. Se ha valorado la defensa de la productividad, «que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un periodo determinado, conforme a las previsiones del artículo 52d LET» (FJ 6). Se descarta así cualquier vulneración del artículo 35.1 de la Constitución pues, «si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima —evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo—, que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)» (FJ 6).

Dos votos particulares acompañan finalmente a esta sentencia. Destaca uno de ellos: el que plantea la existencia de inconstitucionalidad por discriminación indirecta por razón de sexo. Admitiendo que dicha discriminación puede derivar de datos estadísticos (STC 128/1987, FJ 6) y aceptando, en este caso, «la inequívoca conclusión de que existe una discriminación indirecta por razón de sexo en el artículo 52d, por afectar en mayor medida a la mujer, debido a las negativas consecuencias que tiene su doble jornada, es decir, su mayor dedicación al cuidado de los hijos, de los discapacitados y los dependientes (ascendientes y descendientes), junto a su jornada laboral, lo que conlleva también una afección sobre su salud, incidiendo todas esas circunstancias de manera negativa en su actividad laboral», se plantea que debía haberse aceptado la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del derecho a la no discriminación. En tanto en cuanto la mujer sigue sufriendo «en mucha mayor medida que los hombres la carga de la doble jornada, laboral y familiar [y] esa situación repercute notablemente en su salud y en su actividad laboral, lo que, unido a sus condiciones fisiológicas, las deja expuestas en mucha mayor medida a sufrir bajas por incapacidad laboral de corta duración o a faltas de asistencia debidas a sus cargas familiares, que pueden quedar sometidas a la aplicación del artículo 52d LET», el precepto debería haber sido declarado inconstitucional.

4. No ha sido así y se mantiene, por tanto, la posibilidad de despedir de forma objetiva a un trabajador (con indemnización de veinte días por año trabajado) cuando falte al trabajo aunque justifique dichas faltas, con tal de que se trate de faltas intermitentes y que superen los límites establecidos legalmente (que alcancen el *veinte por ciento* 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 *veinticinco por ciento* en *cuatro meses discontinuos* dentro de un periodo de doce meses). Además, no se computarán determinadas faltas: las ausencias debidas a huelga legal; al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; a accidente de trabajo; a maternidad; a riesgo durante el embarazo y la lactancia; a enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia; a paternidad; a licencias y vacaciones; a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos; ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género acreditada o las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

5. Todas las objeciones planteadas en la cuestión de inconstitucionalidad se han salvado al considerar que las excepciones establecidas por el legislador permiten superar el test de constitucionalidad del precepto cuestionado. No se están valorando faltas que derivan de situaciones que pueden albergar una causa de discriminación por razón de sexo, una vulneración del derecho a la libertad sindical o una violación del derecho a la salud de los trabajadores, sino otro tipo de ausencias. Ausencias que, por su corta duración, pero por su reiterada presencia, generan un daño a la organización productiva del empleador, lo que obliga a considerar la libertad de empresa, asimismo garantizada constitucionalmente. De hecho, las normas europeas y sus respectivas interpretaciones obligan a considerar el absentismo por el coste directo o indirecto que supone a la empresa.

Incluso podrían no estar planteándose expresamente las faltas por enfermedad en tanto en cuanto el precepto no alude a ellas, sino a cualquier falta justificada reiterada, aunque intermitente. Con todo, conviene advertir que son las faltas por enfermedad las que se encuentran en el trasunto de esta causa, toda vez que éstas generan un coste al empresario. Y no porque no exista una prestación de la Seguridad Social que las cubra —la de incapacidad temporal—, sino porque, para evitar la anuencia entre el trabajador y el empresario y para desincentivar un potencial fraude, la norma dispone que los cuatro primeros días de dicha incapacidad no se abonen y que, del cuarto al decimoquinto día, el importe sea a cargo del empleador (art. 173.1 de la Ley General de la Seguridad Social). Sin embargo, si se atiende a lo expuesto, no se sanciona tanto el hecho de estar enfermo como la reiteración e intermitencia en las faltas del trabajador durante un determinado periodo (y podría valorarse que, independientemente de la reiteración y de la intermitencia, lo cierto sea que el trabajador esté enfermo, pues se trata de faltas justificadas —fortuitas— y no por voluntad propia —injustificadas—). Se trataría, así pues, de un planteamiento inaceptable de un legislador insensible ante un trabajador indefenso, pero la norma laboral exige asimismo equilibrio. Precisamente, en materia de despido, el equilibrio de intereses se halla en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, pues el legislador admite una serie de causas lícitas para que el empresario despida —ineptitud del trabajador, falta de adaptación al trabajo, causas económicas, técnicas, organizativas o productivas de la empresa o insuficiencia de consignación presupuestaria derivada de fondos públicos, amén de la causa que aquí se analiza— a cambio de un precio —la indemnización de veinte días—.

Tal vez debería valorarse —de quedar convenientemente probada— la discriminación indirecta por razón de sexo. Ahora ésta se excluye por no admitir el precepto en cuestión como causas de despido las que afectan a las trabajadoras más directamente y porque, aun siendo cierto que la carga laboral de la trabajadora se duplica con jornadas más largas, brecha salarial, soporte familiar, atención de cuidados y mayor precariedad, las cifras no reflejan claramente que el absentismo intermitente justificado afecte más a la mujer que al hombre. Quizá porque la mujer, con trabajos más precarios y con jornada a tiempo parcial, se vea compelida a sortear la necesidad de ausentarse.