



CUESTIÓN DE JUSTICIA



El despido objetivo por falta de asistencia al trabajo debido a enfermedad

Álvaro Lavandeira Hermoso

Las asociaciones de pacientes y sus socios miran con preocupación la reciente sentencia del Tribunal Constitucional en la que avala la procedencia de los despidos objetivos por faltas de asistencia al trabajo, aun cuando estas estuvieran justificadas con una baja médica por incapacidad temporal.

La referida sentencia del Tribunal Constitucional ha entrado a valorar sobre la constitucionalidad del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (ET). ¿Qué establece este artículo en concreto?

El artículo 52 d) del ET sanciona que el contrato de trabajo podrá extinguirse por faltas de

asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, 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.

En todo caso, el artículo 52 d) del ET establece que no se computarán como faltas de asistencia, entre otras cosas, las ausencias debidas a accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, 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.

Igualmente, el ET excepciona que tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Respecto a la consideración de enfermedades graves, nuestro Tribunal Supremo ha considerado que el texto del precepto rector en la legislación nacional excluye del cómputo de las faltas, las ausencias que obedecen a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Con ello resulta evidente para este Alto Tribunal, que el legislador ha querido otorgar especial consideración a un supuesto distinto de las bajas por enfermedad que pueden dar lugar con base en diferentes etiologías a las ausencias reiteradas, pero sin conexión con el núcleo de un tratamiento debido a una dolencia prolongada en el tiempo de la que habitualmente el cáncer es paradigma, pero sin excluir otras enfermedades, integrando la tipificación del término "grave".

El Tribunal Constitucional considera que el artículo 52 d) del ET no supone vulneración del derecho a la protección de la salud, ni del derecho a la vida y a la integridad física y moral, ni al derecho al trabajo; promulgados todos ellos en la Constitución española (CE).

La sentencia del TC establece que 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 y la libertad de empresa y la protección de la salud de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores no vulnera el derecho a la protección de la salud que la CE reconoce.

Asimismo, el Alto Tribunal descarta que el precepto legal cuestionado resulte contrario al derecho al trabajo, ya que lo hace 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.

Por tanto, la sentencia del TC reconoce la constitucionalidad del artículo del Estatuto de los Trabajadores en controversia. En todo caso, serán los tribunales de la jurisdicción social los que deben valorar en cada caso en concreto la adecuación de la aplicación del artículo 52 d) del ET.

“

El Estatuto de los Trabajadores excepciona que tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave

”

Debemos traer a colación en este punto, otra sentencia poco conocida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 18 de enero 2018, en la que cumpliéndose todos los requisitos formales y materiales legalmente establecidos para la aplicación del artículo 52 d) del ET, el Tribunal considera el despido discriminatorio debido a que estas ausencias laborales venían provocadas, en exclusiva y precisamente, por enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador, lo cual está protegido por la normativa comunitaria. Esta normativa reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad. Igualmente, se establece el principio de prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de discapacidad, considerando que existe discriminación indirecta cuando una práctica aparentemente neutra pueda ocasionar una desventaja particular a personas con discapacidad.

Por todo ello, en la referida sentencia del TJUE se dictamina que la extinción de la relación laboral, unilateralmente decidida por la empleadora, ha de calificarse como un despido nulo por venir motivado, directa o indirectamente, por causa discriminatoria, como es la discapacidad del trabajador.

En sentido similar se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, en su sentencia de 10 de abril 2019 en el que determina que, en comparación con un trabajador



sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal concluye en esta sentencia que, la extinción del contrato de trabajo por ausencias de un trabajador con discapacidad, derivadas de dicha discapacidad constituye una discriminación prohibida por discriminación indirecta, cuando una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutra, pueda ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siendo su consecuencia la nulidad de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo.

Respecto al término de discapacidad, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente referida, hay que indicar que:

- El concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional".
- Que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad.

- Que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme que tal limitación lo sea de larga evolución.

- La normativa no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad.

Puede concluirse que la normativa persigue el "absentismo profesional" porque supone unos costes injustificados e inasumibles a las empresas y conculcan los derechos de libre empresa y de productividad, que también contempla la Constitución.

Por otro lado, esta norma no puede ser aplicable a aquellas personas que padecen enfermedades crónicas graves o situaciones de discapacidad, cuando las ausencias se produzcan por razón de esta discapacidad; ya que estos supuestos no encajan en los supuestos legales y su aplicación podría ser considerado como un acto discriminatorio.

Abogado-Presidente del Instituto de Investigación y Formación en Salud (IFSASALUD)

alvaro.lavandeira@ifsasalud.com