

Economía

Las empresas se acogen a los despidos por enfermedad para acabar con el absentismo

Hasta ahora se empleaba el despido disciplinario declarado improcedente para evitar su nulidad

Xavier Gil Pecharromán MADRID.

Las empresas han comenzado un goteo de despidos por ausencias intermitentes justificadas al trabajo, muchas de ellas por enfermedades no graves, al superar los umbrales establecidos en el artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores. El motivo ha sido el respaldo que esta forma de despido objetivo ha obtenido con la sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 16 de octubre de 2019.

“Es preciso recordar que el despido por ausencias al trabajo no es nuevo. Dicha causa de extinción contractual lleva contemplada en el Estatuto de los Trabajadores desde su primigenia versión de 1980. Es cierto que desde entonces ha sufrido cambios, pero la causa en sí, lleva incorporada en nuestro ordenamiento jurídico desde hace mucho tiempo”, explica Alfredo Aspra, socio responsable del Área Laboral de Andersen Tax & Legal.

Para este letrado no es una figura eficaz, que apenas es utilizado por las empresas y “porque el absentismo sigue siendo uno de los principales escollos a superar por los ratios de productividad de las compañías”. Hasta ahora se empleaba el despido disciplinario con reconocimiento de su improcedencia, lo que evitaba que se declarase nulo, con una compensación de 20 días por año trabajado, al igual que ocurre con esta misma figura. El baremo se basa en las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas en los 12 meses previos alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos en 12 meses.

Quejas sindicales

El secretario general de CCOO, Unai Sordo, considera que “la sentencia de TC ha causado que se hayan comenzado a dar más despidos motivados por esta causa y que los trabajadores acudan a su puesto de trabajo enfermos, sin estar recuperados de sus dolencias, ante el riesgo de despido. Para el sindicalista, el asunto afecta al “problema sistemático del subregistro de enfermedades profesionales en un momento en el que se va a trasponer la Directiva europea sobre exposición de enfermedades profesionales”.

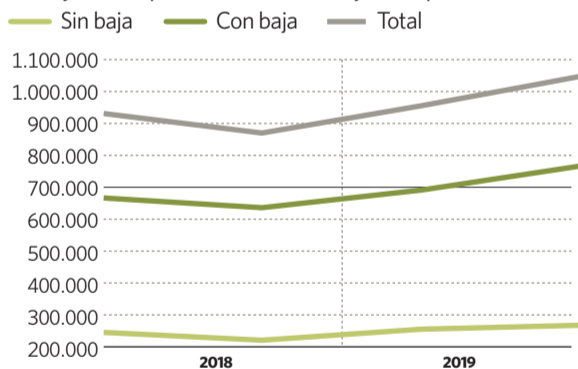
Para Pepe Álvarez, secretario general de UGT, “esta sentencia ha colmado el vaso y ha venido a poner

El absentismo en cifras

Coste laboral por secciones de actividad

CONCEPTO	EUROS
Suministro de energía	6.726,29
Actividades financieras	5.079,95
Industrias extractivas	4.142,73
Información y comunicación	3.823,11
Admón Pública	3.296,34
Actividades profesionales	3.146,89
Industria manufacturera	3.135,36
Actividades sanitarias	2.945,37
Trasporte y almacenamiento	2.899,28
Suministro de agua	2.879,33
Construcción	2.760,72
Total de actividades	2664,55
Actividades inmobiliarias	2.610,14
Educación	2.551,89
Comercio	2.331,82
Actividades artísticas	1.895,00
Actividades administrativas	1.831,21
Otros servicios	1.767,07
Hostelería	1.590,65

Trabajadores que no acuden al trabajo en España



Tasa de absentismo por sectores

CONCEPTO	INJUSTIFICADO (%)	TOTAL ABSENTISMO (%)
Actividades sanitarias	2,9	8,6
Servicios a edificios y actividades de jardinería	0,9	8,5
Actividades de servicios sociales sin alojamiento	1,7	8,4
Asistencia en establecimientos residenciales	1,6	8,3
Fabricación de vehículos de motor remolques y semirremolques	3,8	8,0
Recogida, tratamiento y eliminación de residuos	0,9	7,9
Actividades postales y de correos	3,1	7,9
Administración Pública y defensa	2,2	7,8
Actividades de juegos de azar y apuestas	1,3	7,7
Total sectores	1,4	5,2

Fuente: Randstat. INE. Elaboración propia.

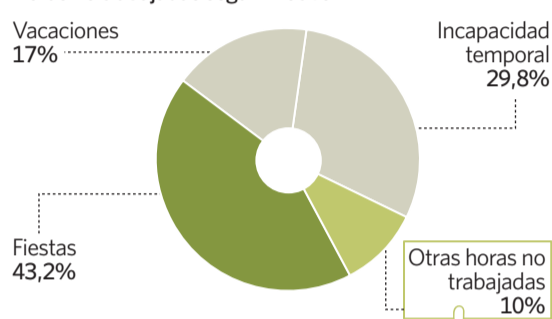
negro sobre blanco en uno de los aspectos por los que los sindicatos llevan mucho tiempo exigiendo la derogación de la reforma laboral, que permite a una empresa que pueda llegar a ser cruel, inhumana con los trabajadores”. CCOO y UGT convocaron varias concentraciones en muchas ciudades de España para quejase de la situación generada

tras la sentencia del TC. Para las asesorías jurídicas de las empresas donde el capital humano resulta fundamental es una herramienta para evitar el absentismo.

Así lo reconoce Santiago Soler, secretario general de Adecco y responsable de su Asesoría Jurídica, al comentar el reciente despido de cuatro trabajadores de una filial del

grupo dedicada a servicios telefónicos (Extel) en Galicia: “Estos cuatro trabajadores están por encima de la legislación. Por eso se ha ejercitado esta opción y no porque exista ninguna estrategia de que se vaya a cerrar la empresa. Las actuaciones de estos trabajadores impactan en la productividad y es preciso erradicar el absentismo. Es una

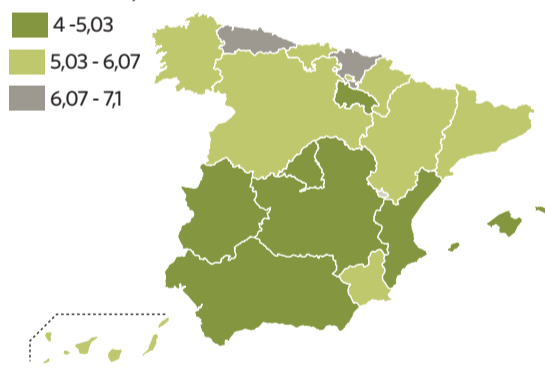
Horas no trabajadas según motivo



Distribución de las otras horas no trabajadas

CONCEPTO	%
Maternidad	4,5
Permisos remunerados	2,3
Compensación por horas extra	1,4
Conflictividad laboral	1,2
Horas perdidas en el lugar de trabajo	0,3
Otras horas no trabajadas y no remuneradas	0,2
Horas perdidas por razones técnicas o económicas	0,1
Otras horas no trabajadas y remuneradas	0,1

Absentismo por comunidades (horas)



Caso por caso se definirá lo que es 'grave'

El interés práctico a partir de ahora se centra en saber qué tratamientos con bajas médicas inferiores a 20 días consecutivos constituyen *enfermedad grave*, lo que permite su exclusión del cómputo de ausencias. Así, por ejemplo, Alfredo Aspra señala dos sentencias, una referida al tratamiento de la bacteria *helicobacter pylori* y otra sobre reasignación de género. La primera se refiere a una sentencia del Tribunal Superior (TSJ) de Justicia de Castilla y León, de 6 de junio 2019, sobre despido objetivo por absentismo de una empleada de Zara, declarado improcedente. Se daban ausencias del 11,96 por ciento en los doce meses anteriores al despido y el 37,5 por ciento en los dos anteriores. En este caso, el padecimiento se ha producido por el tratamiento de *helicobacter pylori* positivo, que causó lesiones agudas. El TSJ lo declara enfermedad grave. La otra sentencia ha sido emitida por el TSJ de Canarias, de 12 marzo 2019, sobre despido objetivo por absentismo en Emergia (*contact center*), que se declara procedente. Las faltas justificadas eran del 34 por ciento de la jornada en dos meses consecutivos y el 6 por ciento en un año. Ausencias por baja médica por enfermedad no grave, por tratamiento de asignación de género.

herramienta absolutamente legal y la seguiremos usando como otras muchas medidas que establece la legislación”. En estos casos, toma una importancia vital el control horario obligatorio en las empresas, porque la medida podría ser utilizada de forma abusiva por algunas de ellas sin posibilidad de defensa por parte del trabajador afectado, que podría superar los umbrales establecidos por la actual legislación sin ser consciente de ello.

Para situar el problema es necesario analizar las estadísticas. Más de un millón de trabajadores no acuden a su puesto de trabajo de media cada día, según un informe elabora-

do por Randstad sobre datos del Instituto Nacional de Estadística (INE). Entre ellas, el 73,6 por ciento lo hace por encontrarse en incapacidad temporal, mientras que el 26,4 por ciento restante lo hace pese a no estar de baja. Según datos del INE, durante el segundo trimestre de 2019 la jornada semanal media pactada, considerando conjuntamente tiempo completo y tiempo parcial, es de 34,2 horas. De estas se pierden, de media, 4,4 horas a la semana, la mayoría de ellas (2,7 horas) por vacaciones y fiestas disfrutadas. Si se añaden las horas extras y se restan las perdidas, la jornada se reduce a 30 horas efectivas de trabajo.

Protección de la salud

Mar Alarcón, socia de la firma de abogados Human&Law, explica que “es muy interesante y loable la defensa de la productividad empresarial (artículo 38 de la Constitución Española -CE-) que hace el TC en su sentencia, afirmando que en la regulación del artículo 52 d) del ET existe un equilibrio entre dicha defensa y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, respetando en todo momento la protección de la salud del artículo 43.1 de la CE y el derecho de todos los trabajadores a un trabajo seguro (artículo 40.2 de la CE).

A este respecto, el artículo 52.d del ET establece que no puede con-

El cese regulado es respetuoso con las situaciones especialmente protegidas

siderarse despido objetivo cuando las circunstancias del trabajador se refieran a accidente de trabajo; maternidad; riesgo en embarazo y lactancia; enfermedades por embarazo, parto o lactancia; paternidad; licencias y vacaciones; enfermedad o accidente no laboral si la baja es acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos; ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por servicios sociales de atención o servicios de Salud; así como las ausencias por tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Alejandro De Miguel, abogado de Abdón Pedrajas, estima que “las mujeres tienen un mayor absentismo, porque siguen siendo las que asumen más responsabilidades familiares, pero este tipo de despido objetivo no es discriminatorio, porque establece claramente que no se pueden computar las faltas de asistencia derivadas de situaciones especialmente protegidas”. Sin embargo, el voto discrepante de la magistrada Balaguer Callejón en la sentencia del TC considera que sí discrimina.

Las claves para saber si el trabajador puede ser cesado por sus ausencias

Bastan nueve días intermitentes en dos meses sin acudir al puesto de trabajo

X. G. P. MADRID.

Para saber cuales son las claves del despido objetivo por razones justificadas, fundamentalmente por razones de enfermedades que no son graves ni accidentes de trabajo es preciso conocer la legislación y la jurisprudencia aplicables. En esta *guía rápida* damos las claves de esta controvertida figura que trata de combatir el absentismo.

■ ¿Por qué antes no se despedía por faltas justificadas?

Hasta la reforma legislativa de 2012, existía una dificultad de prueba que convertía esta modalidad de despido en imprevisible en cuanto a su resultados en los Juzgados Sociales, puesto que exigía que superase unos porcentajes sobre los generales soportados por la empresa. La reforma laboral acabó con esta segunda condición y únicamente cuenta los porcentajes de ausencia del trabajador individual. La sentencia del Tribunal Constitucional, con tres votos contrarios a la opinión mayoritaria, puede dar una idea de la inseguridad de las empresas a la hora de ir a los juzgados.

■ ¿Quién justifica que las faltas de asistencia se han producido?

La legislación y la jurisprudencia han dejado muy claro que es la empresa quien tiene la obligación de demostrar sus alegaciones de que realmente se está ante un caso de absentismo, aunque sea por razones justificadas, y que, por lo tanto, se han cumplido los umbrales establecidos en el Estatuto de los Trabajadores (ET). La obligación de control horario puede facilitar esta labor, si este está bien establecido.

■ ¿En qué consisten las bajas que puede contabilizar la empresa?

El ET establece que deben tenerse en cuenta para este tipo de despido las faltas de asistencia que obedezcan a baja médica por contingencias comunes del trabajador, que suelen tener un carácter involuntario y son difíciles de evitar.

■ ¿A partir de cuantos días de faltas se puede despedir?

Si analizamos el calendario, observaremos que la media mensual de días hábiles viene a ser de unos 22. Así, el tope del 20 por ciento de faltas intermitentes a contabilizar en dos meses supone un total de nueve jornadas. No obstante, como la propia norma exige que se cumpla también que se supere un porcentaje del 5 por ciento en los meses previos, será preciso registrar que



ISTOCK

durante este periodo de tiempo se han faltado esos días antes de poder actuar y proceder al despido. Por otra parte, si atendemos al otro concepto, el 25 por ciento de los días hábiles durante cuatro meses discontinuos, el resultado es de 22 días de ausencias.

■ ¿Las bajas intermitentes deben producirse por la misma causa?

Pues no. La norma se refiere a bajas intermitentes en un determinado plazo de tiempo, pero no habla sobre los motivos que producen esas bajas, que pueden ser variados. Únicamente, si la baja es superior a 20 días consecutivos o se debe a algunas de las cau-

sas protegidas por la propia legislación, no contabilizan.

■ ¿Cuáles son las causas por las que no se puede despedir?

Los supuestos excluidos en el Estatuto de los Trabajadores hacen referencia a situaciones especialmente protegidas, como accidente de trabajo; maternidad; riesgo en embarazo y lactancia; enfermedades por embarazo, parto o lactancia; paternidad; licencias y vacaciones; enfermedad o accidente no laboral si la baja es acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos; ni las motivadas por la situación física o psico-

lógica derivada de violencia de género, acreditada por servicios sociales de atención o servicios de Salud; así como las ausencias por tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

■ ¿Puede afectar a la salud del trabajador?

La doctrina jurídica se encuentra dividida a este respecto. Un buen ejemplo son los tres votos particulares incluidos en la sentencia del TC, que respalda al artículo 52.d del ET. Por ello, tendrán que ser los jueces los que tengan que ir definiendo si considera o no graves cada una de las enfermedades que se vayan planteando en los despidos por este tipo de causas objetivas. Este puede ser uno de los motivos que hagan que la medida no llegue a generalizarse. Además, la jurisprudencia de los despidos disciplinarios por faltas de asistencia muestra que lo son por razones psicológicas o psiquiátricas, lo que deja en manos de médicos y jueces considerar si se trata de *enfermedades graves* o no.

Los juristas buscan soluciones que sean más garantistas y eficaces

Algunos letrados consultados creen que sería conveniente investigar otras fórmulas de lucha contra el absentismo que provoca ausencias temporales breves, que resulten más garantistas con la protección de la salud de los trabajadores al tiempo que más eficaces para la productividad de las empresas. Así, por ejemplo, se apunta el control de la IT por las Mutuas con facultad de expedir altas (con todas las cautelas necesarias) o la supresión de las mejoras voluntarias a la prestación de IT contempladas en convenios colectivos.