

Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores

STC núm. 118/2019, de 16 de octubre

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Sara Guindo Morales

Contratada Predoctoral FPU. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

Resumen: *Se analiza la reciente y relevante Sentencia del TC, de fecha 16 de octubre de 2019, que ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad planteada mediante auto por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, de fecha 8 de abril de 2019, respecto del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, confirmando, por ende, la constitucionalidad del despido objetivo por absentismo laboral*

Palabras clave: *Cuestión, inconstitucionalidad, despido, objetivo, absentismo*

Abstract: *This text analyses the recent and relevant Judgment of the Constitutional Court dated 16 October 2019 that has dismissed the question of unconstitutionality posed through judicial order by the Social Court number 26 of Barcelona dated 8 April 2019 relating to the article 52.d) of the Worker's Statute, confirming, consequently, the constitutionality of the objective dismissal due to labour absenteeism*

Keywords: *Question, unconstitutionality, dismissal, objective, absenteeism*

“El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo. La mayor parte de la que llamamos legislación protectora, (...) y, en general, la mayor parte de la legislación laboral en su conjunto, debe contemplarse en este contexto”.

OTTO KAHN-FREUND [1]

“Si el Derecho que no lucha contra la injusticia, es decir, no hace una heroica resistencia contra aquélla, se niega a sí mismo”

RUDOLF VON IHERING [2]

I. Introducción

El Juzgado de lo Social -en adelante y para simplificar, JS- núm. 26 de Barcelona plantea mediante auto de fecha 8 de abril de 2019 una cuestión de inconstitucionalidad -por segunda vez, pues, en el primer intento, la cuestión de inconstitucionalidad fue inadmitida por considerar el TC insuficiente el juicio de relevancia formulado por el JS-

en relación con la causa d) del artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores^[3] -en adelante y para simplificar, ET-, por posible vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 de la Constitución Española ^[4] -en adelante y para simplificar, CE- relativos al derecho a la integridad física y moral, al derecho al trabajo y al derecho a la protección de la salud, respectivamente, en la medida en que el precepto estatutario cuestionado permite a la parte empresarial extinguir la relación laboral fundamentado en la causa de absentismo laboral derivado de enfermedades intermitentes de corta duración de la persona trabajadora que hayan dado lugar o no a la expedición de partes de baja médica por los servicios sanitarios oficiales.

Grosso modo, el JS considera que el artículo 52.d) del ET podría ser contrario a dichos preceptos constitucionales -algunos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15- al establecer un régimen jurídico del despido objetivo por causa de absentismo laboral susceptible de condicionar el comportamiento de los trabajadores en perjuicio de sus derechos, debido a que, ante el temor de perder sus puestos de trabajo, la persona trabajadora puede sentirse obligada a acudir a trabajar a pesar de encontrarse enferma, asumiendo de este modo un sacrificio que no se puede exigir, que incluso podría complicar la evolución futura de su enfermedad.

Además, recuerda lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio núm. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador^[5] -en adelante y para simplificar, Convenio núm. 158 de la OIT-, en virtud del cual, *“la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”*.

El JS afirma que, en caso de que el TC descartase la vulneración de los derechos invocados, la validez de la norma cuestionada -artículo 52.d) del ET- obligaría a desestimar la demanda y, consecuentemente, declarar la procedencia del despido.

Mientras que, en caso de que el TC declarase inconstitucional el artículo 52.d) del ET, procedería estimar la demanda y, por ende, declarar el despido nulo por vulneración de derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Pleno del Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 118/2019, de 16 de octubre.

Número recurso o procedimiento: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019.

ECLI: ECLI:ES:TC:2019:118.

Fuente de consulta: CENDOJ y BOE.

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara.

Votos Particulares: Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré -al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón-, Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Excma. Sra. Dña. María Luisa Balaguer Callejón.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La trabajadora fue despedida por causas objetivas, en concreto, en virtud de lo establecido en el artículo 52.d) del ET relativo a las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen los umbrales legalmente establecidos.

Ante ello, la trabajadora ejerció la acción de impugnación judicial del despido interponiendo la correspondiente demanda, en la que solicitaba que se declarase la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, en virtud de lo cual solicitaba el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

Por auto de fecha 8 de abril de 2019, el JS núm. 26 de Barcelona planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 52.d) del ET, por vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 de la CE, relativos al derecho a la integridad física y moral, al derecho al trabajo y al derecho a la protección de la salud, respectivamente.

IV. Posiciones de las partes

Por un lado, la parte demandante alega que el artículo 52.d) del ET vulnera los artículos 14 y 15 de la CE debido a que conlleva una evidente amenaza o coacción hacia el trabajador enfermo, al disuadirle de permanecer en situación de IT -en adelante y para simplificar, IT- por temor a ser despedido, razón por la cual solicita la declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales así como, en virtud de lo anterior, la solicitud del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

Por otro lado, la parte demandada expresa en la comunicación escrita del despido que la trabajadora se ha ausentado nueve días hábiles de los cuarenta días hábiles en los dos meses continuos que se han tenido en cuenta, lo que supone que sus faltas de asistencia al trabajo alcanzan el 22'50% de las jornadas hábiles del período y que superan, por tanto, el 20% establecido en el artículo 52.d) del ET para proceder válidamente al despido objetivo por absentismo laboral.

Asimismo, se afirma en la carta de despido que sus ausencias en los doce meses anteriores alcanzan el 5% de las jornadas hábiles. Concretamente, las faltas de asistencia al trabajo que se han producido en los últimos doce meses ascienden al 7'84%. Además, la empresa demandada afirma que la norma en cuestión -artículo 52.d) del ET- no es inconstitucional.

V. Normativa aplicable al caso

Para una correcta comprensión de la sentencia que se comenta, reproducimos a continuación los concretos preceptos que han de ser tenidos en cuenta para resolver la cuestión de inconstitucionalidad.

En primer lugar, el artículo 6.1 del Convenio núm. 158 de la OIT, el cual dispone que *“la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”*.

En segundo lugar, el artículo 15 de la CE, a tenor del cual, *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*.

En tercer lugar, el artículo 35.1 de la CE, que establece que *“todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

En cuarto lugar, el artículo 38 de la CE, en virtud del cual, *“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*.

En quinto lugar, el artículo 43.1 de la CE, que dispone que *“se reconoce el derecho a la protección de la salud”*.

Y, por último, el artículo 52 del ET, rubricado “extinción del contrato por causas objetivas”, letra d), en virtud del cual, 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.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, 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 por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”.

VI. Doctrina básica

En primer término, en contra de lo alegado tanto por el abogado del Estado como por la fiscal general del Estado, el TC no advierte razones para excluir de su examen la pretendida contradicción del artículo 52.d) del ET con el artículo 35.1 CE referente al derecho al trabajo.

Según el Alto Tribunal, el auto de planteamiento de la cuestión inconstitucionalidad contiene una exposición mínima pero suficiente de los motivos por las que el JS núm. 26 de Barcelona entiende que el artículo 52.d) del ET podría vulnerar el derecho al trabajo, motivos que se encuentran estrechamente conectados a los razonamientos en los que descansa la duda de constitucionalidad sobre la pretendida vulneración del derecho a la integridad física -artículo 15 de la CE- y del derecho a la protección de la salud -artículo 43.1 de la CE-.

En virtud de lo anterior, el TC aborda en la presente sentencia objeto de debate la posible contradicción del artículo 52.d) del ET no solo con los artículos 15 y 43.1 de la CE, sino también con el artículo 35.1 CE.

En segundo lugar, antes de proceder al examen de la pretendida contradicción del artículo 52.d) del ET con los artículos 15, 35.1 y 43.1 CE, el TC recuerda que el artículo 52.d) del ET persigue un interés legítimo con el fundamento constitucional de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador.

Libertad de empresa y defensa de la productividad consagrada en el artículo 38 de la CE, en virtud del cual, *“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.*

Además, lo anterior lo relaciona con los razonamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante y para simplificar, TJUE- de fecha 18 de enero de 2018^[6] en lo relativo a la finalidad del legislador español con el artículo 52.d) del ET.

En tercer lugar, entrando ya a examinar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el JS, el TC se refiere en primer lugar a la eventual vulneración del derecho a la integridad física -artículo 15 de CE-, que aparece vinculada en los

razonamientos del auto de planteamiento de la duda a la preservación de la salud del trabajador -artículo 43.1 de la CE-.

A lo que el TC recuerda que él mismo ha reconocido, en una consolidada doctrina, que existe en efecto una cierta conexión entre ambos derechos, pero sin que ello pueda llevar a identificar o confundir ambos derechos.

Al respecto, conforme a la doctrina constitucional, el TC entiende que para que pudiera apreciarse la vulneración del artículo 15 de la CE sería necesario que se produjera una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador. A lo que añade que el supuesto del artículo 52.d) del ET no puede dar lugar a ninguna actuación empresarial de la que derive ese riesgo o se produzca ese daño.

Más específicamente, el TC afirma que es difícil encontrar una conexión directa entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que, al amparo del artículo 52.d) del ET, despida a un trabajador con motivo del número de veces que en un determinado periodo de tiempo haya faltado al trabajo por estar aquejado de una enfermedad de corta duración, puesto que no se debe olvidar que la causa del despido objetivo 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, aun justificadas, que hayan tenido lugar en un determinado período de tiempo.

Lo anterior, sin dejar de obviar que el legislador ha excluido en el mismo artículo 52.d) del ET, entre otros, los supuestos de bajas médicas prolongadas y los derivados de enfermedades graves, atendiendo a que en estos casos puede existir un riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados.

En suma, en virtud de dichas consideraciones, respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 52.d) del ET con el artículo 15 de la CE, el TC concluye que debe entenderse que el artículo 52.d) del ET no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente.

A lo que adiciona a continuación que la decisión de despedir a los trabajadores por superar un determinado número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, aun justificadas, en un determinado período de tiempo, conforme a lo previsto en el artículo 52.d) del ET, no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo cual permite descartar que dicho precepto estatutario pueda reputarse contrario al artículo 15 de la CE.

En cuarto lugar, en lo que se refiere a la presunta contradicción del artículo 52.d) del ET con el derecho a la protección de la salud establecido en el artículo 43.1 de la CE, el TC considera que, aunque no se descarta que el artículo 52.d) del ET pudiera en algún caso condicionar la actuación del trabajador en cuanto a que el temor de los trabajadores a perder su trabajo puede empujarles a acudir a sus puestos de trabajo a pesar de sufrir una enfermedad o indisposición, con el riesgo de comprometer su salud, no cabe entender que con el artículo 52.d) del ET el legislador esté desprotegiendo la salud de los trabajadores.

En definitiva, el TC estima que mediante el artículo 52.d) del ET, el poder legislativo 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 consagrada en el artículo 38 de la CE y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que concluye que el artículo 52.d) del ET no vulnera el derecho a la protección de la salud que reconoce el artículo 43.1 de la CE, así como tampoco vulnera el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo establecido en el artículo 40.2 de la Carta Magna.

Además de que el artículo 52.d) del ET no incide 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, tanto si se les ha expedido a los mismos el parte médico de baja laboral como si no, pero precisa atención sanitaria.

Todo ello sin dejar de obviar que el legislador ha excluido en el mismo artículo 52.d) del ET, entre otros, los siguientes supuestos: 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, las ausencias debidas a una enfermedad grave o a un accidente de trabajo, con independencia de su duración, las derivadas de la situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia, de las enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia y, por último, las motivadas por la situación física o psicológica debida a la violencia de género.

En quinto lugar, acerca de la presunta contradicción entre el artículo 52.d) del ET y el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente en el artículo 35.1, el TC descarta que el artículo 52.d) del ET sea contrario al artículo 35.1 de la CE, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita parcialmente el derecho al trabajo, en su vertiente individual de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo -es decir, a no ser despedido sin justa causa, así como a la existencia de una 'reacción adecuada' contra el despido, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se defiende al legislador-, lo ha hecho con una finalidad o justificación legítima, cual es la de evitar el incremento indebido de los costes tanto directos como indirectos que suponen para las empresas las ausencias al trabajo, cuyo fundamento constitucional reside en la libertad de empresa y la defensa de la productividad consagrado en el artículo 38 de la CE.

A lo que añade que se han ponderado los derechos e intereses en conflicto, especialmente a través del listado de faltas de asistencia al trabajo no computables contenido en los párrafos segundo y tercero del artículo 52.d) del ET, así como mediante el establecimiento de la correspondiente indemnización al trabajador en caso de que el empresario opte por la decisión extintiva -artículo 53.1.b) del ET-, indemnización que puede ser impugnada ante el orden jurisdiccional social -al igual que el despido en sí, según el artículo 53.3 del ET-, a la que corresponde controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo 52.d) del ET y que la aplicación del precepto legal en el caso concreto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen los umbrales legalmente establecidos.

Por otro lado, en cuanto a la presunta contradicción del artículo 52.d) del ET con el artículo 6.1 del Convenio núm. 158 de la OIT, el Alto Tribunal no la aprecia, pues expresa que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Convenio núm. 158 de la OIT, *"la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio"*, a cuyo tenor, *"deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional"*, por lo que el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del artículo 6.1 de dicho Convenio, como efectivamente ha hecho mediante el régimen jurídico contenido en el artículo 52.d) del ET.

Además, estima que esta regulación se acomoda a lo dispuesto como regla general en el artículo 4 del Convenio núm. 158 de la OIT, a tenor del cual, *"no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las"*

necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, entre las que cabe incluir la defensa de la productividad, que se puede ver 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 52.d) del ET.

VII. Parte dispositiva

El TC ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad -tal y como tanto el abogado del Estado como la fiscal general del Estado solicitaron en la formulación de sus alegaciones a la cuestión de inconstitucionalidad- planteada por el JS núm. 26 de Barcelona en fecha de 8 de abril de 2019.

VIII. Pasajes decisivos

En el párrafo segundo del Fundamento jurídico 3º, la sentencia establece literalmente lo siguiente: *“de este modo, la naturaleza objetiva del despido regulado en el art. 52 d) 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. El absentismo conlleva para el empresario un perjuicio de sus intereses legítimos, por la menor eficiencia de la prestación laboral de los trabajadores que faltan a su puesto de trabajo de forma intermitente y con la periodicidad que el precepto legal cuestionado indica, dados los costes directos e indirectos que suponen para la empresa”.*

En el párrafo segundo del Fundamento jurídico 4º, la sentencia establece literalmente lo siguiente: *“cabe recordar al respecto que este Tribunal ha reconocido, en una consolidada doctrina, que existe en efecto una cierta conexión entre el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pero sin que ello pueda llevar a identificar o confundir ambos derechos”.*

En el último párrafo del Fundamento jurídico 4º, la sentencia establece literalmente lo siguiente: *“en definitiva, debe entenderse que el art. 52 d) LET no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente. La decisión de despedir a los trabajadores por superar un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado periodo de tiempo, conforme a lo previsto en el precepto cuestionado, no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo que permite descartar que el art. 52 d) LET pueda reputarse contrario al art. 15 CE”.*

En el último párrafo del Fundamento jurídico 5º, la sentencia establece literalmente lo siguiente: *“en suma, 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 art. 52 d) LET no vulnera el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 CE reconoce, ni tampoco, valga añadir, el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE)”.*

En el último párrafo del Fundamento jurídico 6º, la sentencia establece literalmente lo siguiente: *“en suma, debemos descartar que el precepto legal cuestionado resulte contrario al art. 35.1 CE, 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). Se han ponderado los derechos e intereses en conflicto, especialmente a través de las señaladas excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato de trabajo por absentismo, así como mediante el establecimiento de la correspondiente indemnización al trabajador en caso de que el empresario opte por la decisión extintiva, que en todo caso puede ser impugnada ante la jurisdicción social. A esta corresponde controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el art. 52 d) LET y que la aplicación del precepto en el caso concreto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen la duración establecida por la norma”.

IX. Comentario

La sentencia del TC objeto de análisis ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el JS núm. 26 de Barcelona y, consecuentemente, ha declarado la constitucionalidad del artículo 52.d) del ET con el derecho a la integridad física y moral -artículo 15 de la CE-, con el derecho al trabajo -artículo 35.1 de la CE- y con el derecho a la protección de la salud -artículo 43.1 de la CE- con fundamento jurídico en lo dispuesto en el artículo 38 de la CE concerniente a la libertad de empresa y a la defensa de la productividad.

Libertad de empresa y defensa de la productividad que, lamentablemente, según la sentencia, constituye un valor constitucional superior a la salud de las personas trabajadoras^[7], haciendo prevalecer la constitucional libertad de empresa y defensa de la productividad frente al derecho constitucional fundamental a la integridad física y moral -por su ubicación en la Sección 1ª del Capítulo 2ª del Título I de la CE-.

No se puede negar que el fallo de esta sentencia calará profundamente en los trabajadores, muchos de los cuales, cuando se encuentren enfermos, acudirán a sus puestos de trabajo por miedo, coacción y presión a ser objeto de despidos objetivos fundamentados en la causa d) del artículo 52 del ET, lo que por seguro tendrá efectos secundarios graves, pues perjudicará no sólo la integridad física y moral y la salud de los mismos, sino también de sus compañeros de trabajo e, incluso, de clientes o usuarios.

Por ejemplificar, si un trabajador enfermo acude a trabajar con el virus de la gripe, los demás trabajadores que se encuentren en la empresa o centro de trabajo podrán contagiarse y enfermarse, lo que por seguro hará disminuir la productividad en mayor medida que si únicamente el empleado con dicho virus no acude durante unos determinados días a su puesto de trabajo por dicha causa justificada.

En definitiva, como afirmaba el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al haber descartado el Alto Tribunal la vulneración de los derechos constitucionales invocados, la validez de la norma cuestionada -artículo 52.d) del ET- obligará a que el JS núm. 26 de Barcelona desestime la demanda por despido interpuesta por la persona trabajadora y, consecuentemente, declare judicialmente su procedencia.

X. Apunte final

El artículo 52 del ET en general y, la causa d) en particular, debería ser objeto de una profunda reconfiguración jurídica por parte del legislador con la finalidad de solucionar el vigente y relevante problema concerniente a las faltas de asistencia al trabajo por contingencias comunes -enfermedad y accidente no laboral-, aun justificadas, cuya duración sea inferior a veinte días consecutivos -excepto si dichas ausencias obedecen a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave-, pues únicamente se consideran ausencias no computables a efectos del despido objetivo por absentismo laboral, entre otras, las que superen dicho periodo de tiempo y, además, cuya baja laboral haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales.

Como se puede comprobar, la actual letra d) del artículo 52 del ET posee, criticablemente, un carácter cuasi-disciplinario o presuntamente disciplinario, puesto que, del tenor literal de la misma se puede inferir la sospecha o presunción de un comportamiento irregular o de fraude por parte de las personas trabajadoras. Lo cual contrasta, paradójicamente, con la lógica jurídica interna *general* del propio artículo 52 del ET, que está basada en la existencia de circunstancias objetivas no constitutivas en ningún caso de incumplimientos contractuales del trabajador afectado, por contraposición a la enteramente diversa racionalidad interna del artículo 54 del ET.

Por lo que, paradójicamente, nos encontramos ante una causa de despido objetivo no objetiva, sino subjetiva (pues subyace un juicio de reproche que sería más propio de una presunción de culpabilidad), puesto que se castiga a los trabajadores que enferman -principal *leitmotiv* de esta causa extintiva de la relación laboral-, aun cuando sus bajas laborales son justificadas.

Si bien es cierto que puede haber trabajadores que se ausentan excesivamente de sus puestos de trabajo, se debe tener en consideración que no pueden pagar “justos por pecadores” (conforme al viejo proverbio de connotaciones bíblicas). A nuestro parecer, la solución al absentismo laboral no se encuentra en el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, sino en un mayor control y castigo de las situaciones fraudulentas *individualizadas* de IT de las personas trabajadoras, lo que disuadiría a los trabajadores con tal ánimo.

Asimismo, debido a que el artículo 52.d) del ET computa las faltas de asistencia tanto justificadas como injustificadas, resulta ilógico e injusto que se castigue con el despido a un trabajador que tiene una justificación objetiva para no asistir a su puesto de trabajo.

Es así que la lista de ausencias al trabajo *no computables* establecida en el párrafo segundo y tercero del artículo 52.d) del ET debería incluir, entre otras muchas más, las faltas de asistencia justificadas de los trabajadores enfermos, enfermos crónicos o con enfermedades asimilables a la discapacidad -según esta última categoría, por ser la enfermedad de larga duración, de previsible larga duración o de duración incierta, conforme las últimas y recientes sentencias del TJUE-.

Y es que los trabajadores enfermos crónicos (muchos de ellos con perfil de género) o con enfermedades asimilables a la discapacidad tienen más posibilidades de ausentarse de sus puestos de trabajo con respecto a los demás trabajadores y, por ende, más riesgo a que se les aplique la causa d) del artículo 52 del ET al acumular más días de baja laboral y, de este modo, alcanzar los umbrales legalmente establecidos.

En defecto de lo previsto anteriormente, el despido por esta causa objetiva de la relación laboral de trabajadores enfermos, enfermos crónicos o con enfermedades asimilables a la discapacidad, debería calificarse judicialmente de nulo por discriminatorio y vulnerador de derechos fundamentales del trabajador, con el consiguiente efecto jurídico de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios de tramitación.^[8]

Todo ello, con el fin último de proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la salud y el derecho al trabajo de las personas trabajadoras, valores constitucionales superiores que la libertad de empresa y la defensa de la productividad, motivo por el cual nos sumamos a los votos particulares discrepantes de la presente sentencia objeto de análisis: se vulnera el derecho a la salud (artículo 43 CE) y se vulnera el art. 35.1 de la CE (ambos en relación con el canon hermenéutico imperativo ex art. 10.2 CE), al cual es esencial el no ser despido sin justa causa, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, y 192/2003, de 27 de octubre, fjº. 4, y atendiendo al artículo 30 (“Protección en caso de despido injustificado”) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y asimismo el artículo 52.d) del ET incurre en una doble discriminación: por razón de discapacidad y una discriminación indirecta por razón de sexo (artículo 14

CE; artículo 2.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; artículo 2.1 b de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación).

Y, además, con el objetivo de evitar el efecto de cosificar al trabajador: en otros términos, emplear al trabajador como una máquina o instrumento -y, por tanto, “mercantilizado”- que, cuando se “avería”, debe ser cambiada

[9]. Lo cual se contrapone frontalmente al principio constitutivo fundamental de la OIT conforme al cual “el trabajo no es una mercancía” (“Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo”, Declaración de Filadelfia de 1944).

Referencias:

1. ^ KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, traducido por J. M^a. GALIANA MORENO, “In Memoriam” de por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, edición al cuidado de Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2019, pág. 52.
2. ^ IHERING, R. V.: *La Lucha por el Derecho*, edición y estudio preliminar, «Ihering y la lucha por el Derecho», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.
3. ^ Publicado en el Boletín Oficial del Estado -en adelante y para simplificar, BOE- en fecha de 24 de octubre de 2015.
4. ^ Publicado en el BOE en fecha de 29 de diciembre de 1978.
5. ^ Instrumento de Ratificación del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, publicado en el BOE en fecha de 19 de junio de 1985.
6. ^ [TJCE 2018\3].
7. ^ ROJO TORRECILLA, E.: “Despido por absentismo. La productividad de la empresa es un valor constitucional superior a la salud de la persona trabajadora según el TC. A propósito de la sentencia de 16 de octubre de 2019 (con tres votos particulares discrepantes) y el impacto real de la reforma laboral de 2012 (y II)”, en Blog el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. Web: http://www.eduardorjotorrecilla.es/2019/11/despido-por-absentismo-la-productividad_3.html.
8. ^ Al respecto, vid., MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coords.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada, Comares, 2014. También, ORTEGA LOZANO, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del*

despido: procedencia, improcedencia y nulidad, Murcia, Laborum, 2018. Para la doctrina del TJUE sobre la conexión dinámica entre una enfermedad de larga duración y de pronóstico incierto y la situación jurídica de discapacidad, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico, Albacete, Bomarzo, 2017; Ibid., “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, en, Lex Social, vol. 9, núm. 1 (2019), págs. 681- 746. Una fundamentación técnico-jurídica precisa de la salud como derecho social fundamental en MONEREO PÉREZ, J.L., “La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria”, y VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El marco constitucional del derecho a la protección de la salud”, ambos en VV.AA.: La protección social de la salud en el marco del estado del bienestar: una visión nacional y europea, Moreno Vida, M.N., y Díaz Aznarte, M.T. (Dirs.), Granada, Comares (Colección Trabajo y Seguridad Social), 2019, págs. 3-68, y 69-82, respectivamente.

9. [^] MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en La Ley Unión Europea, núm. 57, 2018 (recurso electrónico).