

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE



TRABAJO FIN DE GRADO

**EL DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA:
CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA
STC 118/2019**

Víctor Cámara Cases

Dirección: Dra. D^a. Nuria Reche Tello

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Derecho

RESUMEN

El despido objetivo de una persona trabajadora por ausencias en el trabajo justificadas por causa de enfermedad da lugar a que el Tribunal Constitucional resuelva una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art.52 d) ET por vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE. En esta colisión de derechos la resolución hace prevalecer el derecho a la libertad de empresa y a la defensa de la productividad frente a los derechos de integridad física y moral, protección de la salud y al trabajo. La sentencia no es alcanzada con unanimidad por los magistrados y se emiten cuatro votos particulares discrepantes, que fundamentan la inconstitucionalidad del mencionado precepto por vulneración de derechos fundamentales y, en especial, por discriminación indirecta por razón de sexo. Ante la falta de adecuación y proporcionalidad del art. 52 d) ET exigida por la normativa internacional y con el fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar una posible discriminación indirecta por razón de discapacidad y de género se produce una intervención gubernativa, por la que se deroga el despido objetivo por absentismo laboral.

Palabras clave: despido por absentismo laboral, colisión de derechos, libertad de empresa, protección de la salud, discriminación.

ABSTRACT

The objective dismissal of a working person for absences from work justified by illness results in the Constitutional Court, resolve a question of unconstitutionality with respect to art.52 d) ET for violation of arts. 15, 35.1 and 43.1 CE. In this collision of rights, the resolution makes the right to freedom of enterprise and the defence of productivity prevail against the rights of physical and moral integrity, health and work protection. The judgment is not unanimously reached by the magistrates and four dissenting private votes are cast, that underpin the unconstitutionality of that provision for infringement of fundamental rights and, in particular, indirect discrimination on the basis of sex. In the absence of adequacy and proportionality of art.52 d) ET required by international law and in order to ensure legal certainty and avoid possible indirect discrimination on the basis of disability and gender there is a governmental intervention, repealing the target dismissal for absenteeism.

Keywords: dismissal for absenteeism, collision of rights, freedom of enterprise, health protection, discrimination.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I. MARCO NORMATIVO.....	8
A) Derecho internacional.....	8
B) Constitución Española.....	9
1. Derecho al trabajo	11
2. Derecho a la integridad física.....	14
3. Derecho a la protección de la salud.....	15
4. Libertad de empresa.....	17
C) Estatuto de los Trabajadores. Art. 52 d).....	18
CAPÍTULO II: MARCO JURISPRUDENCIAL.....	24
A) Soluciones de la jurisprudencia europea.....	24
B) Soluciones de la jurisprudencia constitucional.....	26
C) Soluciones de la jurisprudencia ordinaria.....	29
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA STC 118/2019, DE 16 DE OCTUBRE.	36
A) Los argumentos jurídicos empleados en la STC 118/2019.....	36
B) Los argumentos jurídicos que sustentan las discrepancias de los votos particulares.....	39
C) Las críticas de la doctrina científica a la STC 118/2019	44
CAPÍTULO IV: LA INTERVENCIÓN GUBERNATIVA EN EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS: ANÁLISIS DEL RDL 4/2020 POR EL QUE SE DEROGA EL ART 52.D) ET.....	49
CONCLUSIONES.....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	60

ABREVIATURAS

ART: Artículo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CSE: Carta Social Europea

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

ET: Estatuto de los Trabajadores

FJ: Fundamento Jurídico

INE: Instituto Nacional de Estadística

LO: Ley Orgánica

LOIMH: Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OJ: Ordenamiento Jurídico

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de las Naciones Unidas

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

RAE: Real Academia Española

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto- Ley

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia d la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia



INTRODUCCIÓN

El presente TFG trata el conflicto que se produce en relación con el despido objetivo regulado por el art.52 d) ET en la redacción dada por la reforma laboral de 2012.

Nuestro objeto de estudio se centra en el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre, que declara la constitucionalidad de dicho precepto del Estatuto de los Trabajadores. El asunto concreto arranca con el despido de una empresa a su trabajadora por faltas de asistencia al trabajo al alcanzar el porcentaje establecido en la ley. La trabajadora interpuso una demanda solicitando la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales dado que sus ausencias estaban justificadas por la enfermedad que padecía lo que dio lugar a que el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona planteara una cuestión de inconstitucionalidad.

Este trabajo aborda los derechos en conflicto que suscita la cuestión planteada, por lo que serán objeto de estudio el art.35 CE (derecho al trabajo), el art.15 CE (derecho a la integridad física y moral) en relación con el art. 43 (derecho a la protección a la salud), así como el art.38 CE que establece la libertad de empresa, con especial mención del contenido esencial y los límites de cada uno de ellos, así como las soluciones que ha dado la jurisprudencia ante la colisión entre estos derechos.

Nos ocuparemos del análisis de la referida STC 118/2019, de 16 de octubre, la cual desestimó la cuestión de inconstitucionalidad. Por último, estudiaremos la intervención gubernativa que se produce en este conflicto de derechos y que ha dado lugar a la derogación del art. 52 d) ET por RDL 4/2020.

Para la elaboración del presente trabajo acudiremos a la normativa internacional, parte de nuestro ordenamiento jurídico según el art.10.2 CE, y ello al objeto de interpretar las normas relativas a los derechos y libertades.

Recurriremos a la Constitución Española, analizando los derechos que son objeto de estudio y conflicto, su contenido, límites y sistemas de protección previstos para cada uno de ellos.

La legislación laboral nos ayudará a dar una visión de la evolución que ha tenido el art.52 d) ET, así como las razones que han dado lugar a las distintas reformas, incluidas su reciente derogación.

Además, nos ha sido imprescindible acudir a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al estudio de la jurisprudencia del TC como máximo intérprete de la CE. Igualmente, hemos analizado la jurisprudencia ordinaria para saber cómo solucionan los órganos judiciales, en su difícil tarea de impartir justicia, las controversias cuando se plantean conflictos entre estos derechos de los ciudadanos o entre las normas de derecho interno e internacional. Por su parte, la doctrina científica nos permitirá conocer las diferentes perspectivas, valoraciones, soluciones y crítica a lo largo de la exposición del presente trabajo.

Partiendo del análisis de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia procederemos, mediante método deductivo, a realizar las conclusiones obtenidas de la investigación llevada a cabo en este trabajo con el fin de alcanzar el objetivo propuesto.



CAPÍTULO I. MARCO NORMATIVO

En este capítulo abordaremos la normativa aplicable tanto a nivel internacional como interna y en especial la Constitución Española, en relación con el asunto sobre el que versa nuestro trabajo.

A) Derecho internacional

Los derechos de los trabajadores frente al despido objetivo por absentismo, así como la seguridad y salud en el trabajo son objeto de regulación en el ámbito internacional. Las normas internacionales son fuentes de derecho de nuestro ordenamiento jurídico conforme al art.96 CE. Se hace necesario hacer mención a dichas normas a fin de clarificar los argumentos que posteriormente pasaremos a analizar.

La Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, cuenta con dos Convenios de aplicación en este asunto y que abordan tanto la seguridad y salud laboral de los trabajadores como las condiciones sobre el fin de la relación laboral a instancia de la empresa:

El Convenio 155 de la OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo de 22 de junio de 1981 (ratificado en 1985) recoge en su art.4.1 que “Todo Miembro deberá [...], formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo”. También dispone el art.5 que la política al que hace referencia el artículo anterior deberá tener en cuenta las grandes esferas que se detallan en el presente Convenio “en la medida en que afecten la seguridad y salud de los trabajadores”.

El Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 22 de junio de 1982 (ratificado en 1985), dispone en el art.6 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 el párrafo segundo se indica que “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”. La remisión que este precepto hace al art.1 nos remite a la legislación nacional, salvo “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 su parte, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (ratificada en 1980) en su art.3 recoge el compromiso de las Partes Contratantes a garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo mediante las medidas necesarias para alcanzar este objetivo. El derecho a la protección en caso de despido se encuentra regulado en el art.24 (CSE revisada). Para garantizar el mencionado derecho de los trabajadores “las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser

despedidos sin que existan vías válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”, estando previsto el compromiso a una indemnización adecuada cuando el despido carezca de una razón válida.

En materia de género hemos de citar entre otros instrumentos normativos internacionales la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 (ratificado en 1984), en especial el art.11 que dispone que “los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos”. Entre estos derechos se mencionan: el derecho al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo, a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, etc...

Estas normas internacionales han sido examinadas por los operadores jurídicos, esto es, tanto por la doctrina científica como por la jurisdicción constitucional y ordinaria para fundamentar sus opiniones y decisiones. No debemos olvidar que los jueces y tribunales ordinarios están sometidos al imperio de la ley, pero antes de aplicarla deben ejercer un control de la misma y comprobar que es conforme a las normas internacionales. En aquellos supuestos en los que exista una disconformidad de la norma interna respecto a la internacional dará lugar a la inaplicación de la interna, sin que ello implique la derogación de la misma.

B) Constitución Española

Previamente al análisis y estudio de la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019, donde se aborda la posible contradicción del art.52 d) del Estatuto de los Trabajadores, como expresión de la libertad de empresa proclamada en el art.38 CE, con el derecho al trabajo (art.35 CE), el derecho a la integridad física (art.15 CE) y el derecho a la protección de la salud (art.43 CE), se hace necesario el examen de cada uno de estos derechos de forma individual con las correspondientes valoraciones del contenido esencial, así como sus límites.

Se produce un enfrentamiento entre derechos reconocidos en nuestra Constitución Española, cuyo ejercicio puede verse limitado por la colisión de un derecho con otro, y ello porque su eficacia no solo se circunscribe a la acción de los poderes públicos, sino también a la de los particulares. Los derechos fundamentales pueden verse vulnerados por el poder político (relación de subordinación) o por parte de otros titulares de derechos fundamentales (relación de coordinación)¹. Cabe plantearse si los derechos fundamentales son aplicables a las relaciones entre particulares y actúan como un límite a la autonomía privada. Para ello debemos hacer referencia a la denominada como” la eficacia horizontal

¹ Vivas Tesón Inmaculada, “La horizontalidad de los derechos fundamentales”, pp. 205-213, Disponible en: En <https://dialnet.uniroja.es>. Consulta (2/03/2020).

de los derechos fundamentales” o según la terminología alemana la teoría de *Drittwirkung*²; planteada desde dos puntos de vista, directa o inmediata (es el caso de España) y la indirecta o mediata (caso de Alemania).

En España existe una eficacia directa que aparece recogida en el art.9.1 CE al establecer que ”los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, por lo que los derechos fundamentales no pueden ser lesionados en las relaciones entre particulares, siendo los poderes públicos los encargados de su protección.

El art.53.1 CE establece que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos sin mencionar a los particulares³, sin embargo, el TC en sentencia 177/1988, de 10 de octubre,⁴ dispone que: “el art. 53.1 del texto constitucional tan solo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios [...]”⁵. Por ello, se reconoce que los actos entre particulares puedan lesionar los derechos fundamentales y en estos casos los interesados deben obtener la tutela necesaria. El párrafo segundo del art.9 CE atribuye a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Las libertades y los derechos fundamentales actúan como límites materiales en las relaciones con el Estado y de los ciudadanos entre sí. La eficacia horizontal y las relaciones entre particulares conllevan que sus actos nunca podrán desconocer el contenido esencial, sin que ello signifique que el ejercicio de los derechos fundamentales tenga carácter ilimitado, pues hay que respetar los límites establecidos. La buena fe es un límite al ejercicio de estos derechos cuando las relaciones tienen lugar entre particulares. Según la teoría de *Drittwirkung* los derechos fundamentales no operan del mismo modo en las relaciones entre particulares, por lo que la solución ha de encontrarse de forma casuística, esto es, caso por caso valorando las circunstancias concretas y el conflicto de derechos.

Los derechos fundamentales ocupan una posición central en el sistema jurídico español fundamentados en la dignidad de la persona; en el art.10 del texto constitucional se establece que esta dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social. Este precepto se debe enlazar con el art.53 CE al establecer que solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. El carácter central de los derechos fundamentales describe que la ley no puede hacer lo que quiera, debe respetar su

² La teoría de *Drittwirkung* entiende que la eficacia de los derechos fundamentales también se extiende a las relaciones privadas, esto es entre los particulares (*DRITT* significa terceros y *WIRKUNG* eficacia).

³ Art. 53.1 CE “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art 161.1. a).”

⁴ STC 177/1988 de 10 de Octubre FJ 4º

⁵ Referencia a la STC 18/1984 FJ 6º ” En un Estado social de derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”.

contenido esencial. Se produce un efecto de irradiación de los derechos fundamentales hacia el resto del ordenamiento jurídico.

Respecto a los límites de los derechos considerados de forma individual hay que destacar que además en las relaciones de unos derechos con otros se producen otras limitaciones. Cuando colisionan dos derechos fundamentales el conflicto debe resolverse mediante la ponderación entre ambos. Cuando la colisión se produce entre un derecho fundamental y otro que no lo sea, será preferente aquel sobre éste. En todo caso los límites también se encuentran en algunos fines sociales siempre que se trate de valores constitucionalmente reconocidos STC 22/1984 de 17 de febrero⁶

1. Derecho al trabajo

El derecho al trabajo aparece recogido en la parte dogmática de Constitución Española de 1978, en concreto en el Capítulo II relativo a los derechos y libertades, en la Sección II, bajo la rúbrica “derechos y deberes de los ciudadanos”. Viene recogido en el art.35 CE: “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”. Se constitucionaliza como un derecho- deber para la ciudadanía.

El derecho al trabajo es uno de los pilares fundamentales en los que se basa el modelo laboral de nuestra constitución; el derecho al trabajo es parte de lo que se puede denominar “Constitución Laboral”, que supone no solo una declaración formal sino también una obligación por parte de los poderes públicos para que ese reconocimiento sea real y efectivo, por lo que el derecho al trabajo tiene una perspectiva dinámica. El Tribunal Constitucional en STC 22/81 de 2 de julio⁷ lo interpretó en esta línea al establecer que “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en el artículo 35.1 y 50.1 de nuestra Constitución, respectivamente”. En su aspecto individual, se concreta en el derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, al no ser despedido si no existe una causa justa.

La ubicación dentro del texto constitucional del derecho al trabajo le otorga de unas garantías especiales, puesto que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de este derecho. El párrafo segundo del art.35 dispone que la ley regulará un estatuto de los trabajadores; mandato constitucional

⁶ STC 22/1984 de 17 de febrero FJ 3º “Existen fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos”.

⁷ STC 22/1981 de 2 de julio, FJ 8º

que no se limita a establecer una reserva de ley, sino que obliga al legislador a elaborar una norma que dote a los trabajadores de un régimen jurídico específico, esto es, elaborar una normativa particular para todas aquellas personas físicas que ostenten una relación contractual laboral en la que el concepto de trabajador determina el ámbito subjetivo de determinados derechos.

Respecto al contenido de este derecho el art.35.1 CE engloba un conjunto de derechos que tienen carácter socioeconómico: derecho a la libre elección de profesión u oficio, que según la STC 83/1984, de 24 de julio⁸, no es un derecho a desarrollar cualquier actividad laboral sino el derecho a elegirla, sin perjuicio de la normativa que regule su ejercicio; el derecho a la promoción a través del trabajo y el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. En este precepto también se hace mención a que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. Si bien el principio de igualdad recogido en el art.14 CE⁹ debe estar presente en todos los derechos y libertades recogidos en el texto constitucional, el constituyente resalta en el ámbito laboral la necesidad de una igualdad de sexo ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, posiblemente por las desigualdades que se han venido padeciendo a lo largo de la historia en esta materia.

Este artículo no contiene una lista de carácter exhaustivo o cerrada sino que es meramente indicativa. Los trabajadores gozan de una serie de derechos laborales básicos como son: la libre elección de profesión u oficio, la libre sindicación, la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo, la huelga, la reunión e información, la consulta y la participación en la empresa. Si bien podemos considerar que son unos derechos básicos, los trabajadores tienen reconocidos otros derechos en el seno de la relación laboral tales como: ocupación efectiva, derecho a la no discriminación, derecho a la integridad física, respeto a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad... El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰ contiene una regulación detallada respecto al contenido del derecho al trabajo, comprende la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo que se haya elegido de forma libre, la ocupación plena y desarrollo económico, social y cultural; también se reconocen una serie de derechos individuales a las personas trabajadoras como el derecho a la remuneración, el derecho a la seguridad e higiene, etc.. En esta línea se efectúa la regulación por la Carta Social Europea¹¹.

Además de gozar de esos derechos el trabajador ostenta unos deberes laborales derivados de la relación contractual con el empresario: cumplir las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y en concreto de su puesto laboral, de conformidad con las reglas de buena fe; observar medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten, cumplir las órdenes y directrices del empresario, no concurrir con la actividad de la empresa y contribuir a la mejora de la productividad.

⁸ STC 83/1984 de 24 de julio, FJ 3º

⁹ Art 14 CE “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

¹⁰ Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor 3 de enero de 1976. Artículos 6 y 7 de la CE.

¹¹ Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961. Artículos 1, 2,3,4,8 y 9 de la CE.

El derecho al trabajo tiene una dimensión colectiva que se manifiesta en una política de pleno empleo relacionada con una serie de principios rectores de la política social y económica. Este derecho tiene una dinámica en la que destaca su vinculación con un aspecto relevante dentro de los deberes u obligaciones que tiene el trabajador y que consiste en la contribución y fomento a la productividad de la empresa como factor que determina un crecimiento económico en la sociedad. Dentro de las relaciones recíprocas y bilaterales que existen entre el trabajador y el empresario se podría decir, según Sagardoy de Simón,¹² que el ET se basa en una serie de coordenadas entre las que destaca la productividad, que aparece considerada como un bien de las relaciones laborales estables en cualquier régimen económico. De ella depende una buena parte de las condiciones laborales que puedan establecerse y pactarse, sin ella seguramente sería inviable cualquier planteamiento que se hiciera en la línea de progreso y de la mejora. Sin productividad se hace difícil la misma democracia según este autor.

Existen una serie de límites al derecho al trabajo siempre que estén justificados, que sean lícitos y que respeten los derechos de los demás; por ejemplo, se podrían adoptar medidas que se justificaran por la formación de puestos de trabajo y creación de empleo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el art.29¹³ “que toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, en el ejercicio de sus derechos y libertades, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Se basa en valores como la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de la ciudadanía en la vida económica.

Todos los derechos y deberes laborales fueron recogidos en la ley del ET, que ha sido objeto de numerosas modificaciones y reformas que han tenido en cuenta las circunstancias sociales y económicas por las que ha atravesado la sociedad, en la que cabe destacar la crisis financiera y económica internacional, así como su impacto en el empleo, dando lugar a una importante reforma de la legislación laboral. La proclamación de derecho al trabajo se encuentra relacionada con una serie de principios rectores de la política social y económica. Es de destacar la reforma laboral llevada a cabo en el año 2012, que fue aprobada mediante Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, sustituida por la Ley 3/2012 de 6 de julio, que supuso una facilidad para proceder al despido, entre otras medidas adoptadas. Ha sido considerada como una de las reformas más radicales operadas en el ámbito laboral de nuestro OJ en la que el TC ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones declarando constitucional el texto, tales como la STC 119/2014¹⁴ y STC 8/2015¹⁵, entre otras.

¹² Sagardoy de Simón- Comentarios a la Constitución Española de 1978, pp. 571-598

¹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948- Recoge los derechos humanos considerados básicos en sus 30 artículos. Art 29 DUDH

¹⁴ STC 119/2014 de 16 de julio - Declara la constitucionalidad de los artículos 41, 51, 84.2 y DA 10º del ET, modificados por la ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral.

¹⁵ STC 8/2015 de 22 de enero – desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado y confirma la constitucionalidad de los artículos 4.3, 12.1, 14.1 y 2, 18.3 y 8, 23.1, DA 3 y DF 4.2 de la ley 3/2012.

2. Derecho a la integridad física

A lo largo de la historia el derecho a la integridad física ha sido uno de los más sacrificados y, en concreto, al entrar en el ámbito laboral. Es un derecho con un contenido amplio y a la vez complejo.

El derecho a la integridad física es un derecho fundamental que se reconoce en el art.15 de la Constitución Española¹⁶: “todos tienen derecho a la vida y la integridad física y moral...”. La doctrina entiende “la integridad física” como lo contrario a la ausencia de algún miembro u órgano corporal. Este término tiene un contenido complejo que se define como que no comprende la integridad psíquica; la garantía constitucional establecida en el art.15 CE no englobaría el derecho de la persona a no ser atacada en su integridad psíquica, ni generalmente en su salud física y mental a través de la aparición de enfermedades que no conlleven ninguna pérdida de un órgano del cuerpo humano.

Con la doble alusión a la integridad física y moral que alude el art.15 CE se quiere garantizar la integridad personal en el sentido de “incolumidad personal”, que según el diccionario de la RAE significa un estado sano sin lesión ni menoscabo (Rodríguez Mourullo Gonzalo, Comentarios a la Constitución Española de 1978¹⁷). Este término deriva a una pluralidad de derechos que son:

-El derecho a la integridad física, haciendo referencia al derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal.

-El derecho a la salud física y mental, es decir, el derecho de la persona a no ser sometida a enfermedades que eliminen la salud.

-Y por último, el derecho a la propia apariencia personal, en la que cabe destacar el derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa.

El Tribunal Constitucional hace mención a este artículo de la Constitución Española destacando su importancia a la hora de garantizar integridad física y moral. La consagración del derecho a la integridad física y moral de la persona no tiene el sentido de otorgar al individuo un derecho subjetivo portador de una plena facultad de disposición sobre su propio cuerpo. Destacan, además, la razón de ser y la finalidad de la declaración constitucional entre otras.

A fin de determinar el contenido del derecho a la integridad física debemos acudir a sus límites: en primer lugar, destacamos los límites expresos derivados de la legislación penal y, en segundo lugar, los impuestos por la conciencia social. Estos límites determinarían el contenido esencial de este derecho.

¹⁶ Art 15 de la CE-“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”.

¹⁷ Rodríguez Mourullo Gonzalo, Comentarios a la Constitución Española de 1978. pp. 267-302

En este apartado y en relación con el ámbito laboral cabe plantearse hasta donde llegan los límites de este derecho cuando el empresario en el ejercicio de su libertad de empresa y con el fin de fomentar el empleo y aumentar la productividad puede poner en riesgo la integridad física o psíquica del trabajador al obligarle a acudir al trabajo, aun padeciendo ciertas enfermedades que no están calificadas médicamente como incapacidad temporal. La integridad física del trabajador puede verse afectada en la medida en que se vea amenazado con una posible extinción de su contrato en caso de faltar a su trabajo si tiene un número determinado de ausencias. Ese riesgo es propenso a extenderse a otras personas trabajadoras afectándoles a su propia integridad física.

El art.15 CE, que reconoce el derecho a la integridad física y moral, se encuentra constitucionalizado en la sección primera del capítulo II del título I bajo la rúbrica: “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Se desprende que goza de las garantías genéricas que dispone el art.53.1 de la CE, esto es, la aplicación directa del derecho a la integridad, que conlleva la vinculación a todos los poderes públicos. En segundo lugar, se establece la garantía del principio de reserva de ley, puesto que solo por ley podrá regularse el ejercicio de este derecho, que deberá respetar su contenido esencial, en todo caso. El desarrollo del derecho fundamental a la integridad física se trata de una reserva de ley orgánica según dispone el art.81.1 CE¹⁸, es por ello que el contenido esencial de este derecho fundamental actúa como una garantía constitucional. Además de estas garantías genéricas también existen unas jurisdiccionales, que aparecen recogidas en el art.53.2 CE al establecer que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela del derecho a la integridad física y moral ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Junto con este amparo ordinario, basado en los principios mencionados, también goza de una protección especial a través del recurso de amparo constitucional. En el ámbito internacional este derecho también goza de un sistema de protección ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹.

3. Derecho a la protección de la salud

La protección de la salud es otro de los derechos objeto de estudio al ser invocado también en la STC 118/2019, y por ello entrar en conflicto con otros derechos constitucionales. Este derecho se constitucionaliza como un principio rector de la política social y económica en el Capítulo III del Título I de la CE, por lo que no goza de las garantías de las libertades y derechos fundamentales del art.53, apartado primero y segundo. En el párrafo tercero se dispone que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios que están reconocidos en el Capítulo III (entre los que se encuentra el que estamos analizando) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de

¹⁸ Art. 81.1 de la CE- “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos- Es el tribunal destinado a enjuiciar, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección en los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales(CEDH) y en sus protocolos.

los poderes públicos. Ante la jurisdicción ordinaria únicamente podrán ser alegados conforme a las leyes que lo desarrollan. Encontramos, pues, una diferencia con los derechos objeto de estudio anteriormente, como es derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa a nivel de garantías establecidas por el constituyente.

El art.43 CE establece que se reconoce el derecho a la protección de la salud. La salud y su protección abarcan un ámbito muy amplio, por lo que se puede acudir a la definición universalizada por la organización mundial de la salud (OMS): “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no consiste solamente en una ausencia de enfermedad o de dolencia”.

Respecto al ámbito subjetivo el derecho reconocido en el art.43.1 CE tiene un contenido indeterminado, pero lo cierto es que tal derecho que se reconoce es en favor de todas las personas residentes en el territorio nacional. En cuanto al contenido, según Efrén Borrajo Dacruz,²⁰ el constituyente español ha tenido un gran acierto al formular que se reconoce el derecho a la protección de la salud y no el derecho a la salud. En el orden doctrinal es tesis dominante el hablar no del derecho a la salud, sino del derecho a los cuidados médicos. Así, se pueden distinguir varias categorías de derechos que forman el objeto de la protección, pudiendo mencionarse en esta sede el derecho a exigir una protección contra los riesgos exteriores capaces de poner en peligro la salud. Esta categoría de derecho nos lleva a relacionarlo con el derecho al trabajo, puesto que si una persona titular de este derecho se encuentra en una relación contractual, y por lo tanto sujeta a la legislación laboral, puede verse expuesto a un riesgo que perjudica a su salud si tiene que elegir entre su salud y acudir a su puesto de trabajo ante el temor de que lo puedan despedir.

Según Bothe²¹ el derecho a la protección de la salud tiene tres aspectos: negativo, positivo e igualitario. En su aspecto negativo (el más relevante en este caso) el individuo tiene derecho a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar la salud de esa persona y por ello opera como un derecho fundamental clásico obteniendo la misma efectividad que los derechos a la vida o a la integridad física y mental. Esta conexión se hace patente en el estudio que se realiza y que necesariamente nos lleva al derecho a la integridad física y moral reconocido en el art.15 de la Constitución Española como un derecho fundamental que goza de las garantías máximas constitucionales al estar ubicado en la sección primera bajo la rúbrica “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, Capítulo II, del Título I de la CE.

A fin de delimitar el derecho a la protección de la salud debemos fijar su contenido. Por su ubicación podría ser considerada una norma-programa que debe ser desarrollada por el legislador, sin embargo, se trata de un auténtico derecho derivado de los principios rectores de la política social y económica. Este derecho vincula a los poderes públicos para que actúen en el sentido establecido formando de esta forma un contenido mínimo. El contenido del derecho a la protección de la salud viene desarrollado por ley que en todo caso debe respetar y proteger el principio por el que se rige.

²⁰ Borrajo Dacruz, Efrén- Comentarios a la Constitución Española de 1978, pp. 165-198

²¹ Bothe- Art.43 de la CE: “La protección de la salud “ <http://www.ricardofornas.net/2015/02/el-articulo-43-de-la-ce-la-proteccion.html> (Consulta: 10/03/2020).

El derecho a la protección de la salud no cuenta con el sistema de garantías de protección del derecho a la integridad física y moral pese a su importancia. Se ha planteado extender a este derecho las garantías máximas que afectan no solo al amparo judicial y constitucional, sino también a la obligación del legislador de respetar su contenido esencial, que solo por ley podrá regular el ejercicio de este derecho.

Si se pone en relación el derecho a proteger la salud y el derecho a la integridad física del trabajador con la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019 cabe plantearse si estos derechos son reales y efectivos cuando el trabajador pudiera ser despedido por ausencias justificadas por motivos de enfermedad común o accidente no laboral. Quizás, no se proteja la salud si se pone a la persona en riesgo como se apuntaba anteriormente, pues podría verse afectada su integridad, no solo física sino psíquica, ante la amenaza de ser despedida y no poder garantizar sus necesidades ni las de su familia, dado que se vería privada de una remuneración suficiente. La dimensión negativa del derecho a proteger la salud no estaría garantizada por los poderes públicos y el trabajador debería elegir injustamente uno de los dos derechos, que como miembro de un Estado debería ser titular de los mismos, esto es, debería elegir entre el derecho a tener y conservar un puesto de trabajo y al derecho a proteger su salud y con ella mantener su integridad física y moral como derechos inherentes a la persona humana, que son el fundamento del orden público y de la paz social.

4. Libertad de empresa.

El art.38 CE determina el modelo económico al proclamar la libertad de empresa dentro del marco de una economía de mercado. El precepto dispone que: “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y su defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Respecto a la naturaleza de este derecho, se encuentra ubicado dentro de la sección segunda del Capítulo II del Título I bajo la rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos”.

Al consagrarse la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado se establece uno de los elementos estructurales para determinar el modelo económico que diseña nuestra Constitución económica española. La libertad de empresa debe de ser considerada una consecuencia del derecho de propiedad. El TC en sentencia 37/1987²² establece “que la libertad de empresa no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, por lo que las limitaciones legítimamente derivadas de ésta no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa [...]. Utilidad individual y función social definen por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad”. “Esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea”. Por tanto, se puede afirmar que existe

²² STC 37/1987 de 26 de marzo- FJ2º

una serie de límites a la libertad de empresa. El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado, sino limitado por la regulación de las distintas actividades empresariales, en particular, los poderes públicos puedan establecer limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho que no prevalece uno sobre el otro, sino que se encuentran limitados (STC 18/2011 de 3 de marzo)²³.

El art.38 CE establece unos límites a la actuación de los poderes públicos, fundamentalmente a la hora de adoptar medidas que influyan en el sistema económico de la sociedad. Estos límites están garantizados: en primer lugar, por la reserva de ley y, en segundo lugar, por la necesidad de respetar su contenido esencial. Existen unos límites a la libertad de empresa que aparecen recogidos en varios preceptos: los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico, una política de estabilidad económica y, en concreto, una política orientada al pleno empleo, la defensa de la productividad, etc... Respecto al modelo económico de nuestra Constitución cabe destacar que no recoge un modelo económico determinado, pero se puede aceptar que sigue los ideales del sistema neocapitalista pese a los principios económicos recogidos en el Título VII.

Respecto al contenido esencial de la libertad de empresa no aparece definido en el texto constitucional, aunque podría entenderse que forma parte del mismo la actividad económica en el mercado, así como la defensa de la productividad. Sin embargo, este derecho se encuentra relacionado con otros principios recogidos a lo largo del texto constitucional: "toda la riqueza del país está subordinada al interés general", "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica", "mediante ley se podrá acordar la intervención de empresas cuando lo exigiere el interés general", "se podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas,... y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza". Dentro del contenido esencial también se ha incluido la autonomía organizativa tal y como se ha precisado en STC 49/1988²⁴.

Este concepto económico que estamos analizando entra en colisión con el contenido del derecho al trabajo en la medida en la que se puede hacer responsable al trabajador de la falta de productividad. En el caso de referencia no tiene motivo para ser directamente proporcional las ausencias justificadas de los trabajadores por enfermedad común con una merma en la defensa de la productividad, estaríamos ante un conflicto de derechos en los que debería ponderarse el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa en el caso concreto, sin jerarquizar uno sobre el otro.

C) Estatuto de los Trabajadores. Art. 52 d)

Las circunstancias económicas y sociales acaecidas como consecuencia de la crisis acontecida dieron lugar a que se adoptaran una serie de medidas por parte de los poderes

²³ STC 18/2011 de 3 de marzo, FJ 15º

²⁴ STC 49/1988 de 22 de marzo, FJ 12º

públicos, entre ellas la reforma laboral llevada a cabo mediante Real Decreto- ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Esta reforma se justifica por la grave situación económica y de empleo originada por la crisis económica. Se hace constar en el preámbulo de la mencionada norma que la reforma trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo. Esta reforma laboral se lleva a cabo mediante una modalidad normativa en la que la extraordinaria y urgente necesidad exigida por el art.86 CE se justifica por la situación del mercado laboral español y pretende crear las condiciones necesarias para crear empleo y otorgar seguridad a trabajadores, empresarios, mercados e inversores dentro de la economía española. Entre las modificaciones más significativas cabe citar los criterios para medir el absentismo como causa objetiva de despido, dando lugar a la reforma del artículo.52 d) de la ley del Estatuto de los Trabajadores.

Dada la polémica generada pasamos al estudio de este artículo:

Art. 52. Extinción del contrato por causas objetivas.

“El contrato podrá extinguirse:

D) 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 12 meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.

No se computará 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 20 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.”

Este precepto ha sido objeto de modificaciones mediante varias reformas legales. Podemos situar su antecesor en el art.39.1 d) del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, cuya redacción se mantuvo intacta, más tarde, sin modificación alguna. Posteriormente, el despido por causas objetivas es regulado en el art.52 d) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Si analizamos este artículo en sus inicios los requisitos exigidos legalmente para la extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, era necesario que alcanzaran el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses,

siempre y cuando el índice de absentismo del total de la plantilla en el centro del trabajo superara el 5% en los mismos periodos de tiempo. De este modo el empresario tenía facultad o capacidad para despedir al trabajador siempre que cumpliera dos requisitos: en primer lugar, faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes en el porcentaje legalmente establecido por parte de la persona trabajadora; y en segundo lugar, que el índice de absentismo total de la plantilla alcanzara un porcentaje que si bien se había fijado en un 5% en un principio, posteriormente se vio reducido al 2,5% mediante la reforma introducida por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Con la entrada en vigor de la Ley 3/2012 queda suprimido el requisito relativo al absentismo general de la plantilla, siendo únicamente suficiente como causa para despedir al trabajador las faltas de asistencia del mismo al alcanzar ciertos porcentajes. Ello se ampara en la excesiva onerosidad que acarrea al empresario las faltas de asistencia al trabajo influyendo de forma negativa en la productividad de la empresa.

A pesar de las reformas llevadas a cabo se han planteado por la doctrina científica dudas interpretativas respecto a la redacción de la norma.

Así, según Gómez Salado el art.52 d) ET ha planteado una serie de cuestiones sobre las que tanto la doctrina científica como la judicial han ido dando distintos enfoques, algunos quedando sin resolver. Podemos aludir a algunas de las cuestiones que han sido objeto de análisis y controversia en su aplicación. Para la aplicación de este precepto no es necesario un comportamiento culpable del trabajador, el despido basado en el absentismo laboral es objetivo²⁵. Únicamente debían computarse las faltas de asistencia respecto a las jornadas completas excluyendo las ausencias parciales de la jornada o los defectos de puntualidad. En relación a la acumulación de ausencias justificadas e injustificadas a efectos de basar el absentismo global del trabajador, la doctrina y la jurisprudencia no resolvió esta controversia de manera definitiva.

En el precepto legal se exige que las ausencias sean intermitentes; en cuanto al cómputo del absentismo hay un respeto absoluto al requisito legal de la intermitencia, ya que por expresa voluntad de la ley ha de producirse dicha intermitencia en las faltas del trabajo, y ello a pesar de que la STS de 7 de mayo de 2015 propone una interpretación totalmente distinta para las ausencias que alcancen el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos, alejándose de la literalidad de la norma y de la propia doctrina jurisprudencial, según Ignacio Beltrán de Heredia Ruiz²⁶ una interpretación discutible. Es necesario que las ausencias tengan carácter intermitente como requisito imprescindible para aplicar el despido objetivo a un trabajador, ya que se ha llegado a plantear si por el contrario debía constituir un elemento que pudiera faltar en algunos casos, planteamiento realizado por

²⁵ Montoya Melgar, Alfredo, Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos 2017, p.491.

²⁶ Beltrán de Heredia Ruiz, Ignacio, "Art.52 d) ET: ¿ la intermitencia de las faltas de asistencia no es siempre exigible? 2015.

Miguel Gomez Salado²⁷; la doctrina del TS defiende la intermitencia como un requisito exigible en todo caso (STC 26 de julio 2005).

Existen dos posibilidades de cómputo, las faltas que alcanzan el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos. De este modo se puede optar por un periodo más corto con un porcentaje más reducido o por un periodo más amplio y dilatado con un porcentaje mayor de ausencias. Con este artículo se modifican los criterios para medir el absentismo como causa objetiva de despido. Se podrá despedir al trabajador, con independencia del nivel de absentismo de la plantilla, por faltas de asistencia al trabajo aunque estén justificadas por informes de baja emitidos por servicios médicos oficiales; concretamente si suponen el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles o el 25% en 4 meses discontinuos dentro del periodo de un año. El requisito adicional de que “el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles” se introdujo en el trámite parlamentario para la aprobación de la ley 3/2012 dado que en la redacción del RDL 3/2012 no se establecía esta exigencia considerado por la doctrina de lo más razonable dado que así “frenaba la dureza de la regla tal como quedó en la redacción” según estableció Arias Domínguez²⁸. Respecto a la fecha a partir de la cual debe computarse el plazo establecido se ha de tener en cuenta la fecha del despido hacia atrás, según se ha pronunciado el Tribunal Supremo en esta cuestión (STS 19/03/18). El cómputo de los meses se realiza de fecha a fecha y no por meses naturales en base a la aplicación del art.5 del CC y a la propia finalidad de la norma (STS 9/12/10).

El párrafo segundo del art.52 d) ET establece una serie de faltas de asistencia al trabajo no computables tales como las debidas a huelga legal, al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, etc.... Se han ido incorporando a lo largo de sucesivas modificaciones otros supuestos en los que no se computan las ausencias en el trabajo a efectos del despido objetivo. Mediante Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras se introdujo el riesgo durante el embarazo y enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia como nuevas faltas de asistencia al trabajo no computables a efectos de absentismo laboral. Por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género se incluyó como ausencias no computables aquellas motivadas por la situación física o psíquica derivada de violencia de género, siempre acreditada por los servicios sociales o de salud. La ley 3/2012 incorporó en el párrafo tercero como nuevas faltas de asistencia computables “las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”. Respecto a la cuestión de si las faltas de asistencia no computable recogidas en el precepto constituye una lista abierta o una lista cerrada ha dividido a la doctrina, en opinión de Sara Guindo

²⁷ Gómez Salado, Miguel Ángel, “Algunas Cuestiones interpretativas sobre la aplicación del párrafo primero del art.52 d) ET: a vueltas con el despido objetivo por absentismo”, Revista Española de Derecho del Trabajo 220/2019, Editorial Aranzadi S.A.U., 2019.

²⁸ Arias Domínguez, A, “Absentismo laboral”. Pamplona. Thompson Reuters Aranzadi 2013.

Morales y Gabriel Ortega Lozano²⁹ se trata de una lista cerrada en base a la fórmula elegida por el legislador coincidiendo con el parecer de la doctrina judicial.

Por último, no es de aplicación esta causa de extinción del contrato por causas objetivas establecida en el art.52 d) ET en el ámbito de las empresas de inserción en relación a los trabajadores que se encuentran en situación de exclusión social, de conformidad con lo dispuesto en el art.14.2 de la ley 44/2007, de 13 de diciembre.

A pesar de estos supuestos excluidos que se derivan del art.52 d) ET, en los que no era de aplicación el despido objetivo por absentismo, seguía resaltando la polémica sobre este precepto. La doctrina consideraba que era necesaria una actualización para incluir una serie de supuestos que son parecidos y que no están recogidos expresamente por la norma, pudiendo ocasionar una desigualdad en los trabajadores y con ella una injusticia.

Respecto a este precepto tuvo ocasión de pronunciarse el TJUE en sentencia de 18/01/2018 (Asunto Ruiz Conejero), entendiéndose que su aplicación puede ocasionar una discriminación por razón de discapacidad, salvo que para alcanzar una finalidad legítima existan mecanismos adecuados y proporcionales que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho fin.

Durante su vigencia el art.52.d) ET también fue objeto de un control de constitucionalidad al plantearse una cuestión ante el TC que dio lugar a STC 118/2019, de 16 de octubre. La resolución no fue unánime, cuatro de los doce magistrados no compartían la fundamentación de la mayoría y emitieron voto particular. Entre otras cuestiones, se planteaba si el precepto analizado se ajustaba a la doctrina europea, en concreto, la relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por una parte, hay un sector de la doctrina constitucional que entiende que el art.52 d) ET persigue un interés legítimo con el fundamento de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, dado que las bajas intermitentes y de corta duración son onerosas para el empresario. Los Estados miembros tienen un amplio margen para fijar los objetivos y definir las medidas de política social y empleo, por lo que este artículo sería una medida para evitar el absentismo laboral y por tanto una medida de política de empleo; deben de ser los órganos judiciales los que controlen esa medida en el caso concreto. Por otro lado, se encuentra el sector que se formula mediante voto particular, el cual entiende que el mencionado precepto es contrario a la jurisprudencia europea, ya que partiendo del concepto de discapacidad existiría una discriminación respecto de aquellas personas trabajadoras con limitación de la capacidad al existir una diferencia de trato con respecto a los demás trabajadores.

La Sentencia del TC no fue bien acogida y dio lugar a controversia en distintos colectivos sociales, siendo objeto de crítica por la doctrina científica.

²⁹ Guindo Morales, Sara y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel, “Configuración y régimen jurídico de las faltas de asistencia al trabajo como motivo de extinción del contrato tras las últimas reformas laborales: problemática actual y propuestas de mejora”, Revista de información laboral 12/2018. Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018

En fecha 19 de febrero de 2020 el art.52 d) ET queda derogado mediante Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero. Con la derogación de este precepto podemos concluir que se cierra un capítulo lleno de polémicas que a lo largo de los años ha generado la aplicación del despido objetivo por ausencias en el trabajo, en el que a pesar de que esas faltas podrían estar justificadas por motivos de salud o enfermedad de corta duración se ha ido imponiendo paulatinamente la finalidad legítima de políticas de empleo. En ocasiones, enfermedades crónicas de larga duración no excluidas en el párrafo segundo han sido interpretadas como fraude del propio trabajador, y ante esta interpretación han ido prevaleciendo medidas objetivas sin acudir al caso concreto, pudiendo producirse consecuencias indeseadas como la discriminación o la desigualdad.



CAPÍTULO II: MARCO JURISPRUDENCIAL

En este capítulo nos proponemos revisar las resoluciones judiciales que, en las diferentes instancias, se han pronunciado sobre nuestro objeto de estudio.

Comenzaremos estudiando la jurisprudencia del TJUE, que ha tenido ocasión de resolver una cuestión prejudicial planteada sobre la adecuación del art.52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Posteriormente analizaremos el pronunciamiento del TC en los distintos supuestos que se han planteado sobre la constitucionalidad de algunos preceptos modificados por la reforma laboral de 2012 por una posible vulneración de derechos fundamentales.

Por último abordaremos cómo ha resuelto la jurisdicción ordinaria los problemas de interpretación que ha dado lugar la aplicación del art. 52 d) ET.

A) Soluciones de la jurisprudencia europea

En el ámbito de la jurisprudencia europea vamos a analizar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2018, C 270/16 (Asunto Ruiz Conejero)³⁰, fundamental para nuestro objeto de estudio, en la que el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca plantea una petición de decisión prejudicial.

Un trabajador, que presta servicios de limpieza en una empresa, es despedido al amparo del art.52 d) ET basándose en que las ausencias justificadas en el trabajo alcanzan el porcentaje establecido en el precepto. Las ausencias del trabajador estaban justificadas porque padecía unas limitaciones físicas consistentes en enfermedad del sistema endocrino metabólico y una limitación funcional de la columna vertebral. Junto a estas limitaciones físicas se añaden factores sociales complementarios y se le reconoce un grado de discapacidad del 37 %. El trabajador justifica todas las ausencias a la empresa mediante los partes médicos donde se hacía constar la causa y el periodo de duración de la baja, pero no comunicó a la empresa que tenía reconocida una discapacidad. Ante el despido, que tiene lugar en fecha 7 de julio del 2015, por causas objetivas al haber superado los límites legales, esto es, el 20% de las jornadas hábiles (marzo y abril) en dos meses consecutivos alcanzando el 5% en los doce meses anteriores, solicita la nulidad de dicho despido por discriminación.

El Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca solicita del TJUE, que con carácter previo a dictar la sentencia, resuelva la cuestión prejudicial consistente en si la norma de derecho interno española se opone a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000,

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de enero de 2018. En el asunto C- 270/16, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 277 TFUE (Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroservicios Auxiliares, S.A, y Ministerio Fiscal).

relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El objeto de esta Directiva es establecer un marco general para luchar, dentro del ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por motivos de discapacidad entre otros, entendiendo que existirá el principio de igualdad de trato cuando exista una ausencia de toda discriminación directa e indirecta. Siguiendo el análisis efectuado por Josep Moreno Gené³¹ se debe partir del concepto de discapacidad dado por la propia jurisprudencia en STJUE, de 9 de marzo de 2017, que dispone en este sentido que la discapacidad es “una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

Para que el trabajador tenga la condición de discapacitado a los efectos de la Directiva 2000/78 CE es irrelevante que se haya reconocido una discapacidad por la legislación española, lo que realmente se tiene en cuenta es que tenga una limitación de larga duración que le impida su participación plena y efectiva en el ámbito laboral en igualdad de condiciones respecto a los demás trabajadores. Según la doctrina del TJUE el órgano judicial remitente es el que tiene la competencia para determinar si la limitación de capacidad del trabajador en el supuesto enjuiciado entra en el concepto de discapacidad al que hace referencia la Directiva 2000/78 CE.

Con anterioridad hemos mencionado que el art. 2 de la Directiva establece una igualdad de trato, evitando para ello toda discriminación directa o indirecta basada en los motivos mencionados en el art.1 de la misma. Con carácter previo al análisis debemos recordar que el art.2.2.a) de la Directiva establece “que existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1”. Según Moreno Gené el TJUE constata que el art.52 d) ET se aplica de forma idéntica a personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad, por lo que existe una igualdad de trato. Por otro lado, según indica el art.2.2.b) “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra pueda ocasionar una desventaja particular a personas [...] con una discapacidad [...] respecto de otras personas,”. Partiendo de este último concepto el Tribunal entiende que el trabajador discapacitado tiene mayor riesgo de acumular ausencias justificadas por enfermedades derivadas de su discapacidad, llegando a la conclusión de que el art.52 d) ET puede suponer una desigualdad de trato motivada por una discriminación indirecta por motivos de discapacidad.

Se recoge una salvedad en el art.2.2. b) para que pueda existir discriminación indirecta, cuando “dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”. El TJUE analiza las razones expuestas por el Gobierno español que justifican la desigualdad de trato para las personas con discapacidad, que consisten en aumentar la productividad y eficiencia en el trabajo así como evitar un incremento en los

³¹ Moreno Gené, Josep “Revista de Información Laboral”, Aranzadi S.A.U. 2018

costes laborales directos e indirectos que asumen las empresas derivados de esta situación. El Tribunal acepta como finalidad legítima, a los efectos del art 2.2 b), inciso i) de la Directiva 2000/78 CE, el objetivo de combatir el absentismo laboral dado que se trata de una medida de política de empleo.

Aceptada como válida la finalidad legítima alegada, el TJUE valora si los medios aplicados para conseguir dicha finalidad son los adecuados y necesarios. En este punto se remite a una serie de criterios orientativos que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano judicial remitente.

Según el TJUE el hecho de que se incluyan en el párrafo segundo del art.52 d) ET supuestos en los que no computan como faltas de asistencia las ausencias debidas a motivos de enfermedad no se extienden a todas las situaciones de discapacidad a las que hace referencia la Directiva 2000/78 CE. Por tanto, corresponderá al juez nacional valorar, teniendo en cuenta toda la normativa interna que tiene por objeto la protección de las personas con discapacidad, si los medios contemplados en el art.52 d) ET no van más allá de lo que es necesario para alcanzar la finalidad legítima consistente en combatir el absentismo laboral como una medida de política de empleo.

El TJUE mantiene una postura ambigua al establecer los criterios orientativos que determinan si los medios adoptados por el art.52 d) ET son adecuados para obtener la finalidad legítima de combatir el absentismo laboral y si estos medios no van más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo, como sostiene Moreno Gené. Esta ambigüedad ha dado lugar a diferentes interpretaciones y puntos de vista. Por su parte, el TC en su sentencia 118/2019, de 16 de octubre de 2019, entiende “que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del art. 2.2 b), inciso i) de la Directiva 2000/78 CE, dado que se trata de una medida de política de empleo”, correspondiendo a los órganos judiciales verificar que la medida legislativa no va más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad en el caso concreto. Sin embargo, el Gobierno español ha dispuesto en las disposiciones generales del RDL 4/2020 que la sentencia dictada en el asunto Ruiz Conejero establece la inadecuación del art.52 d) ET a la Directiva 2000/78 por considerar que puede constituir una discriminación por razón de discapacidad, salvo que existan controles de adecuación y proporcionalidad, por lo que la norma nacional se opone al mencionado precepto de la Directiva.

B) Soluciones de la jurisprudencia constitucional

En este apartado analizaremos las resoluciones del Tribunal Constitucional que, con carácter previo a la sentencia que analizamos, se han pronunciado sobre el conflicto planteado entre derechos fundamentales vulnerados y la libertad de empresa recogida en el art.38 CE. Vamos a comenzar analizando la STC 119/2014, de 16 de julio de 2014, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad que se plantea por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

En este recurso se alega una posible inconstitucionalidad de los preceptos que regulan el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores³² en la Ley 3/2012 por vulneración de derechos fundamentales, entre otros, el derecho al trabajo regulado en el art.35 CE.

El recurrente entiende que el plazo establecido en la mencionada ley, de un periodo de prueba de un año, es “injustificado e irrazonable” según el Convenio 158 de la OIT, dado que permite al empresario extinguir la relación laboral sin causa y sin indemnización al trabajador, por lo que entra en colisión con el art.35 CE.

Es reiterada la doctrina constitucional que entiende que el derecho al trabajo se concreta, en su vertiente individual, en el derecho a la estabilidad en el empleo y a no ser despedido sin una justa causa, entendiéndose que “el derecho al trabajo reconocido en el art.35 CE no es absoluto ni incondicional, sino que puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela” (SSTC 11/1981, de 8 de abril FFJJ 7 y 9; 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5º). La cuestión que se plantea es la posibilidad de que el derecho del trabajo entre en conflicto con la libertad de empresa reconocida en el art.38 CE. El legislador ha previsto que el empresario pueda extinguir una relación laboral en periodo de prueba aunque encuentre su límite en los derechos fundamentales. Por otro lado, el art.40.1 CE establece que los poderes públicos deben realizar “una política orientada al pleno empleo” y este objetivo forma parte de la dimensión colectiva del derecho al trabajo, pudiendo servir de fundamento para legitimar limitaciones a la dimensión individual del mencionado derecho, según razona la sentencia.

El Tribunal examina si el articulado de la Ley 3/2012, que supone una limitación al derecho al trabajo, se encuentra justificada de forma razonable y proporcionada. Entiende que la finalidad perseguida es fomentar la creación de empleo estable por empresas de menos de cincuenta trabajadores, dada la situación de crisis económica debido a las elevadas cifras de paro existente en el momento.

Además de comprobar que el art.4.3 de la Ley 3/2012 y en concreto, que la duración del periodo de prueba sea de un año responde a una finalidad legítima, es necesario que cumpla las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. Para comprobar dichas exigencias el Tribunal tiene en consideración una serie de circunstancias derivadas de la propia normativa. En primer lugar, la existencia de un límite temporal para poder utilizar este tipo de contrato (hasta que la tasa de empleo se sitúe por debajo del 15%), en segundo lugar, esta modalidad de contrato está limitado a las empresas con menos de cincuenta trabajadores y, en tercer lugar, se establecen ciertas medidas para que los empresarios puedan beneficiarse de los beneficios fiscales y bonificaciones en la Seguridad Social que tienen por objeto efectos disuasorios para evitar que el empresario extinga el contrato antes de que termine el periodo de prueba de un año. Atendiendo a estos presupuestos el TC llega a la conclusión de que el establecimiento del periodo de prueba de un año en el contrato de trabajo de prueba guarda una adecuada proporcionalidad entre los derechos y

³² Contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores para empresas de menos de 50 trabajadores regulado en el art.4 del RDL 3/2012. Se deroga por disposición derogatoria única 2.a) RDL 28/2018 de 28 de diciembre.

bienes constitucionales en conflicto y, por lo tanto, la disposición cuestionada no vulnera el art.35.1 CE.

Otra sentencia interesante para nuestro objeto de estudio es la STC 125/2018, de 26 de noviembre de 2018, que trata sobre un recurso de amparo promovido por una posible vulneración del derecho al ejercicio de funciones representativas del art.23 CE.

La demandante, concejala del Ayuntamiento de Cádiz, que había sido despedida en base al art.52 d) ET por haber superado el límite del 20 % de ausencias justificadas en el periodo de dos meses, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz por despido nulo, alegando vulneración de su derecho fundamental a participación política prevista en el art.23 CE. El Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz estimó parcialmente la demanda, y ello al estimar la pretensión subsidiaria, entendiendo que el despido era improcedente a la vista del texto del art.52 d) ET, desestimando la pretensión principal de la trabajadora al considerar que esta había ejercido su derecho fundamental sin merma ni obstáculo.

La demandante interpuso recurso de amparo contra dicha sentencia, alegando que su despido debía considerarse nulo, al tratarse de una consecuencia negativa del ejercicio de un derecho fundamental, el de la participación política. La entidad demandada alegó que el art.52 d) ET regulaba un despido objetivo basado en el cómputo de ausencias justificadas, “límite objetivo y cuantitativo”, que establece un umbral a partir del cual el mantenimiento de la relación laboral se vuelve excesivamente oneroso para el empleador, no existiendo por tanto vulneración de ningún derecho fundamental. Según el TC la controversia pasa por analizar si la decisión empresarial del despido por causas objetivas es o no respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental invocado por la recurrente como vulnerado.

Entiende el Tribunal que el despido contraviene el contenido esencial del derecho de participación política de la actora, dado que constituye una medida definitiva que pone fin a la relación laboral, pudiendo haberse satisfecho el objetivo empresarial con otras medidas menos gravosas para la trabajadora, las cuales habrían permitido el mismo objetivo empresarial, que cesara el incumplimiento reiterado del horario laboral de aquella.

Destaca el Tribunal el efecto disuasorio que, para futuros aspirantes a procesos electorales para cargos públicos representativos, pudiera ocasionar el despido por causas objetivas. En definitiva, entiende el TC que el cómputo, a efectos del art.52 d) ET de las ausencias debidas a la asistencia a plenos municipales, al suponer un desequilibrio objetivo en las condiciones de trabajo, se opone al derecho de participación política del art.23.2 CE, resultando contrario a la efectividad de tal derecho fundamental, por lo que el fallo de la sentencia declara vulnerado el derecho de la recurrente a la participación en asuntos públicos mediante el ejercicio de cargo representativo electo (art.23.2 CE).

C) Soluciones de la jurisprudencia ordinaria

En este apartado analizaremos como ha resuelto la jurisdicción ordinaria los conflictos que se producen entre los derechos que están siendo objeto de estudio, en especial, los problemas que plantea la aplicación del art.52 d) ET.

Comenzaremos con el análisis de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de Cuenca, de 7 de marzo de 2018, una vez resuelta la cuestión prejudicial planteada por este órgano judicial ante el TJUE.

Un trabajador, que tiene reconocido un grado de discapacidad del 37% y que prestaba sus servicios con la categoría profesional de “limpiador”, es despedido en virtud del art.52 d) ET por faltas de asistencia justificadas por enfermedad común, tales como “lumbago” y “vértigo”, limitaciones que tienen su origen en las patologías causantes de la discapacidad que padece el trabajador. Contra el despido se interpone una demanda por posible vulneración de derechos fundamentales en la que el Juzgado de lo Social nº1 de Cuenca plantea ante el TJUE una cuestión prejudicial, por lo que queda en suspenso el procedimiento para dictar sentencia.

Una vez dictada la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C 270/16) el órgano remitente dicta sentencia declarando nulo el despido por causa objetiva del trabajador y ello en base a la resolución europea. Como ya analizamos en el apartado de la jurisprudencia europea el TJUE declaró que el art. 2.2, b) i) de la Directiva 2000/78 CE del Consejo se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir al trabajador por faltas de asistencia al trabajo, cuando estas ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a su discapacidad, y ello “salvo que la normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad”, lo cual le corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente. El Juzgado de lo Social nº1 de Cuenca está obligado a analizar si los medios para conseguir la finalidad de combatir el absentismo fijada por el art.52 d) ET son adecuados y no exceden de lo necesario para alcanzar el fin perseguido por el legislador. Para analizar los criterios de ponderación y proporcionalidad tiene en consideración factores jurídicos, así como jurisprudencia europea y nacional. Como consecuencia de ello llega a la conclusión de que cuando la decisión extintiva, vía art.52 d) ET, esté amparada por faltas de asistencia al trabajo que sean derivadas de enfermedades constitutivas de la discapacidad del trabajador constituyen una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, puesto que “entender únicamente ponderables los procesos patológicos derivados de la enfermedad incapacitante a efectos de incurrir en la causa extintiva prevista en la norma puede encubrir una conducta censurable desde la óptica constitucional, toda vez que el concepto de discapacidad [...] trasciende de la previsión del citado extremo de la norma estatutaria en cuanto el mismo se encuentra limitado a trabajadores cuya enfermedad grave o cancerígena está siendo tratada médicamente”. Para este órgano judicial tal valoración excede de justificación para conseguir el fin perseguido por la norma, no siendo los medios para alcanzarlo idóneos, adecuados y necesarios.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca se interpuso recurso de suplicación ante el TSJ de Castilla-La Mancha, que confirmó la misma entendiendo igualmente que los medios para conseguir la finalidad prevista en la norma no son los adecuados al no tener en consideración las desventajas que origina su aplicación en las personas con discapacidad, dando lugar a una discriminación prohibida.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de diciembre de 2015, que trata sobre el recurso que interpone una trabajadora que presta sus servicios en una empresa automovilística y es despedida por faltas de asistencia que superan el 25% de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos en el periodo de 12 meses, siendo la causa de tales faltas una discapacidad por patología cerviceo-lumbar incurable. Se interpone una demanda que es desestimada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo y se recurre en suplicación por vulneración de los arts.1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78 CE, art.27.1 a) de la Convención de las Organizaciones de las Naciones Unidas (ONU) sobre derechos de las personas con discapacidad, arts. 10 y 14 de la CE y art.52.d) del ET.

El objeto de debate se centra en si el despido por las bajas laborales al amparo del art.52 d) ET es discriminatorio por motivos de discapacidad. Con carácter previo el Tribunal considera necesario establecer la diferencia entre discapacidad y enfermedad. Para determinar el concepto de discapacidad acude a una serie de normas tales como el art.4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, el art.1 de la Convención ONU de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de personas con discapacidad y los arts. 1 y 2 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre. En relación con la jurisprudencia comunitaria el TJUE se ha pronunciado afirmando que el concepto de discapacidad no aparece definido en la mencionada Directiva ni se remite a los ordenamientos internos, por lo que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, suponiendo un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional. La utilización del término discapacidad se entiende que no incluye el de enfermedad; la enfermedad no se considera como un motivo respecto a la cual la Directiva prohíbe toda discriminación. Por tanto, el Tribunal estima que "si una enfermedad, ya sea curable o incurable implica una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración", tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. El concepto de discapacidad no debe ser confundido con la imposibilidad de ejercer una actividad determinada, ni tampoco depende de la naturaleza de los ajustes que se puedan realizar por parte de la empresa.

A los razonamientos expuestos el Tribunal añade un dato importante apreciado por la juzgadora de instancia, consistente en que los padecimientos de la trabajadora pueden ser crónicos, esto es, de larga duración aunque no graves, y ello a los efectos de afirmar la condición de discapacitada de la trabajadora.

Partiendo de esta condición se analiza si la aplicación del art.52.d) ET es contraria a la jurisprudencia comunitaria, entendiendo que implica una diferencia de trato indirecta por discapacidad, dado que existe un mayor peligro de acumular faltas de asistencia y por tanto un mayor riesgo de sufrir un despido. En cuanto a si puede justificarse por una finalidad legítima y si los medios para conseguirla son adecuados y no exceden de lo necesario para obtener el objetivo, el Tribunal llega a la conclusión de que el colectivo de discapacitados tienen unas necesidades particulares de integración laboral que no se dan en otras enfermedades, y la enfermedad, en determinadas circunstancias, puede ser un factor de discriminación recogido en la cláusula genérica del art.14 CE cuando dispone "...cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Por todo ello se declara el despido nulo por discriminación.

Contra la sentencia dictada por el TSJ de Galicia que hemos analizado anteriormente, en la que se estimaba el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo declarando el despido nulo por discriminación, se interpone recurso de casación por la empresa dando lugar a la STS, de 21 de septiembre de 2017, la cual pasamos a estudiar a continuación.

Tras examinar el caso concreto, la Sala de lo Social advierte que las bajas por enfermedad padecidas por la trabajadora no se deben a una única dolencia, así como tampoco se produce una discapacidad a largo plazo. Se plantea la posible infracción del art.52 d) ET respecto a las ausencias justificadas, lo que conllevaría la vulneración de un derecho fundamental por motivos de discriminación. El TS, partiendo de la Directiva 2000/78 y de la jurisprudencia del TJUE, entiende que no existe "una discapacidad derivada de la interacción de las dolencias de la demandante con diversas barreras", ni tampoco se aprecia una finalidad discriminatoria del despido, puesto que las enfermedades no revisten el carácter de "grave", requisito exigido en el supuesto excepcional regulado en el art. 52.d) ET.

Basándose en tales afirmaciones llega a la conclusión de que el despido es procedente, estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, anulando la sentencia recurrida y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la interpretación de los términos utilizados por el legislador en el art.52 d) ET, así la Sentencia del Tribunal Supremo 316/2018, de 19 de marzo, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina.

Este recurso de casación fue interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en la que un trabajador es despedido por su empleador, Ambulancias Domingo S.A.U., debido a causas objetivas del art.52 d) ET, basado en faltas de asistencia justificadas por situación de baja médica durante el periodo 18/11/2013 hasta el 2/12/2013 y del 3/1/2014 al 10/1/2014, tomando como referencia de 12 meses el periodo comprendido del 18 de enero del 2013 al 17 de enero del 2014.

La cuestión que se plantea en este supuesto es la fijación del *dies ad quem* para computar el periodo de doce meses que establece la norma en el que debe existir un índice de absentismo del 5 %. El Tribunal Supremo entiende que el *dies ad quem* para computar el plazo de doce meses es la fecha de despido conforme determina la norma aplicable, que en este supuesto coincidiría con el día 14/2/2014, fecha en la que la empresa notifica al trabajador la carta de despido objetivo. Al tener en cuenta esta fecha y no la del 17/1/2014 fijada por la empresa el índice de absentismo alcanza más del 5%, lo que lleva a estimar el recurso formulado por la empresa, revocando la sentencia recurrida que había confirmado que el despido era improcedente.

Igualmente, el Tribunal Supremo lleva a cabo una labor interpretativa de los términos del art.52 d) ET en la STS de 4 de febrero de 2019. En este supuesto la Sala de lo Social tiene que resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina que se interpone contra la sentencia dictada contra el TSJ de Cataluña confirmando la que en su día se dictó por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa.

Un trabajador es despedido, vía art.52 d) ET por razones objetivas consistentes en ausencias intermitentes y justificadas al encontrarse en situación de incapacidad temporal durante cuatro meses discontinuos en un periodo de doce. En concreto, faltó al trabajo por enfermedad: del 3 al 11 de febrero del 2015, del 21 al 22 de mayo del 2015, del 21 al 26 de octubre del 2015, y del 28 octubre al 6 de noviembre de 2015.

Tanto el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa como el TSJ de Cataluña estimaron el despido como procedente entendiendo que se había alcanzado un 25,92 % de ausencias, por lo que se había superado el 25% exigido legalmente dentro de un año, siendo indiferente que se produzcan en un periodo inferior a 4 meses e independientemente de que los meses se computen de fecha a fecha, como tiene reconocida la jurisprudencia.

El Tribunal entiende que la exigencia legal prevista en el art.52 d) ET consistente en el “25% en cuatro meses discontinuos” debe ser entendido como un periodo en conjunto, ya que tiene por objeto “registrar una inasistencia persistente”. En ningún caso el cómputo de las ausencias justificadas que alcancen el 25% de las jornadas laborales se puede referir a un tiempo que sea inferior a los 4 meses que establece la norma.

Dado el razonamiento expuesto se estima el recurso de casación anulando la sentencia recurrida, declarando el despido del trabajador como improcedente a los efectos legales oportunos.

A lo largo de los años esta cuestión ha sido discutida y ha dividido a la doctrina. Según sostiene Gómez Salado la interpretación que más se ajusta a la finalidad del legislador es la que considera que los porcentajes de las faltas de asistencia deben alcanzarse en el conjunto de los 2 o 4 meses, mientras hay otra corriente de doctrina, entre los que cabe citar a Alzaga Ruiz o Ramírez Martínez, que entendían que el porcentaje de ausencias del 20% o del 25% debía alcanzarse en cada uno de los meses respectivos. Tampoco ha sido unánime la doctrina de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia en esta cuestión.

Los Tribunales Superiores de Justicia han tenido ocasión de pronunciarse sobre la casuística de la materia que estamos analizando. En concreto, el TSJ de Castilla y León en su sentencia de 6 de junio del 2019, resuelve sobre si una determinada enfermedad reviste el carácter de grave a los efectos del párrafo tercero del art.52 d) ET, que pasamos a examinar a continuación.

Una trabajadora que presta servicios para la empresa Zara España S.A.U recibe una carta de despido objetivo por faltas de asistencia que son justificadas mediante certificado médico al padecer una infección bacteriana por helicobacter pylori, diagnosticada como lesiones agudas de la mucosa gástrica, precisando de varios periodos de baja médica. Presenta demanda contra el Juzgado de lo Social de Valladolid, que resuelve declarando la improcedencia del despido objetivo de la trabajadora. La sentencia es confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León. Dicha sentencia es recurrida en casación y el Tribunal Supremo anula la sentencia acordando la devolución de los autos a la Sala de lo Social de Valladolid, a fin de que partiendo de la existencia de una causa de despido objetivo prevista en el art.52 d) ET resuelva sobre “la naturaleza de la enfermedad o enfermedades que dieron lugar a las bajas computadas y su posible exclusión de dicho cómputo, con las consecuencias legales que de ello pudieran derivarse”.

La trabajadora estuvo de baja los periodos comprendidos del 5 al 9 de diciembre, del 17 al 28 de diciembre de 2015 y del 8 al 18 de enero de 2016; estos hechos se declararon probados, por lo que la trabajadora habría alcanzado un absentismo del 37,5 % durante los dos meses anteriores al despido y un absentismo del 11,96 % respecto a los 12 meses anteriores. El TSJ ha de valorar si la enfermedad tiene carácter de grave a efectos de computar las ausencias. El Tribunal indica que en la prueba de gastroscopia practicada el 16/12/2015 se diagnostica que existen unas lesiones agudas de la mucosa gástrica y se le administra un tratamiento antibiótico. La calificación de aguda de las lesiones padecidas y la confirmación del diagnóstico de la causa de dichas lesiones da lugar a que las mismas se califiquen como enfermedad grave a los efectos del art.52 d) ET, por tanto si no se computan las ausencias que tienen lugar con posterioridad al 16/12/2015, fecha en la que se diagnostica la enfermedad, no se alcanza el porcentaje establecido legalmente, por lo que se entiende que el despido es improcedente.

Por último, pasamos a estudiar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 17 de enero de 2020. En esta sentencia la Sala de lo Social de este Tribunal tiene la ocasión de pronunciarse, tras la STC 118/2019, de 16 de octubre, sobre el recurso planteado por una trabajadora que es despedida por faltas de asistencia al trabajo justificadas por enfermedad. A pesar de que el porcentaje de las ausencias es un hecho probado, el Tribunal entiende que no cabe el despido basado en esta causa.

El TSJ aborda la cuestión desde dos puntos de vista diferentes basados en la normativa internacional, esto es, desde la prevención de riesgos laborales y desde la perspectiva de género. La sentencia estima que el art.52 d) ET es contrario a los Convenios y Tratados

internacionales que sobre la prevención de riesgos laborales vinculan a España en virtud de su ratificación. Es contrario y se opone al art. 6.1 del Convenio 158 OIT, a los arts.4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT y al art.3 de la Carta Social Europea. Se basa el Tribunal en que el art.52 d) del ET, como medio para la defensa de la productividad, puede suponer un riesgo para las personas enfermas que se ven obligadas a acudir al trabajo para evitar su despido. Riesgo que no solo se proyecta sobre la propia persona trabajadora, sino que también supone un riesgo para terceros. Las empresas ponen en riesgo la salud y la integridad física de los trabajadores que sufren enfermedades, que les ocasionan ausencias intermitentes en el trabajo al obligarlos a acudir al centro de trabajo bajo la amenaza de despido.

También se fundamenta la sentencia desde la perspectiva de género, por ello el art.52 d) ET si bien a priori es una disposición aparentemente neutra, en realidad, pone a personas de sexo femenino en desventaja con las del masculino. Por lo tanto, el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres, produciéndose una discriminación. Aspecto relevante que ha sido puesto de manifiesto mediante voto particular (María Luisa Balaguer Callejón) en STC 118/2019.

Resulta afectado el derecho a no ser despedido sin justa causa y la prohibición de discriminación por razón de género, entre otros. Es evidente, que según las estadísticas el número de ausencias intermitentes en el trabajo es superior en las mujeres que en los hombres y ello podría ser contrario a lo dispuesto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 (ratificado por España el 16/12/1983). El art.52 d) ET supone una discriminación indirecta por razón de género al infringir el art.11.1 de la citada Convención, que dispone: “los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar los mismos derechos entre mujeres y hombres, y en particular el derecho al trabajo”. La sentencia que estamos analizando entiende que no ha sido abordada por la STC 118/2019 la perspectiva de género. Es necesario poner el art.52 d) ET en relación con los compromisos internacionales asumidos por España, como es el art.11 que acabamos de mencionar. También forma parte de nuestro ordenamiento jurídico la LO 3/2017 que habla de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. Este conjunto de normas y principios inspiradores ponen de manifiesto que las personas del sexo femenino se encuentran en desventaja con respecto a las del masculino, al sufrir “dobles” jornadas de trabajo y cuidado de personas a su cargo en mayor medida que los hombres, lo que provoca un mayor número de ausencias en el trabajo.

Para Molina Navarrete³³ esta sentencia resulta muy bien fundada y acertada, dado que lleva a cabo, como dispone la propia doctrina constitucional, “un juicio de convencionalidad”. Es deber de los tribunales ordinarios realizar un control previo a la aplicación de la norma para comprobar si es conforme o no a las normas internacionales, ya que se trata de una cuestión de legalidad en la que tienen competencia. Afirma que el TSJ de Cataluña considera que el art.52.d) ET es contrario a varias normas internacionales, razón por la cual

³³ Molina Navarrete Cristóbal, Comentario del profesor Molina Navarrete a la STSJ Cataluña 274/2020.

deja inaplicado el precepto, aunque no expulsado de nuestro ordenamiento jurídico, sin que ello signifique que exista una contradicción entre la doctrina del TC y la doctrina judicial.

Hemos analizado algunas sentencias de una relevante jurisprudencia en la que los órganos jurisdiccionales han tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación del art.52 d) ET. El legislador dota a la norma de una finalidad, pero en ocasiones los medios necesarios para aplicarlos son injustos y desproporcionados. Tras la cuestión planteada al TJUE nuestros órganos judiciales han llegado a la conclusión de que la aplicación del art.52 d) ET va más allá de conseguir el fin perseguido por la norma y ello conlleva una discriminación en colectivos más vulnerables, con necesidades particulares de integración laboral.

De la jurisprudencia expuesta se puede observar la existencia de algunos conceptos imprecisos que carecen de una definición técnica en los ordenamientos jurídicos, tales como “discapacidad”, “enfermedad grave”, “largo plazo”, “duradera”, “crónica”, etc... que pueden ser objeto de interpretación diferente por los distintos órganos judiciales, lo que puede ocasionar una discriminación así como una falta de seguridad jurídica para los ciudadanos, que ante un problema concreto acuden a la justicia para solucionarlo.



CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA STC 118/2019, DE 16 DE OCTUBRE.

En este apartado vamos a analizar los argumentos jurídicos en los que se basa la STC 118/2019, de 16 de octubre, así como las objeciones de los votos particulares discrepantes que se formulan por cuatro de los magistrados que forman el Pleno y, por último, las críticas de la doctrina científica realizadas a esta resolución.

A) Los argumentos jurídicos empleados en la STC 118/2019

El Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona plantea ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad por entender que la redacción del art.52 d) ET podría ser contraria a los derechos a la integridad física (art.15 CE), a la protección de la salud (art.43.1 CE) y al trabajo (art 35.1 CE).

Como antecedentes de hecho relevantes se destaca que Doña M.E.S.Z es despedida por causas objetivas al amparo del art.52 d) ET. Dicha trabajadora padece una lesión que consiste en una “voluminosa hernia discal centro lateral izquierda migrada, que ejerce notoria compresión sacro radicular que le produce lumbociatalgia, dicopiatía en L3-L4 Y L5-S1”. Esta patología le obliga a ausentarse de su trabajo durante nueve días en los meses de abril y mayo del año 2016, lo que supone que sus faltas alcanzan el 22,5 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos y el 7,84 % en los últimos 12 meses. Ante el despido la trabajadora plantea una demanda ante el Juzgado de lo Social de Barcelona en la que interesa que se declare la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales.

El órgano judicial acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad basándose en que el art.52 d) ET regula el despido objetivo por causas de absentismo laboral y ello puede condicionar el comportamiento de los trabajadores en perjuicio de sus derechos, ya que ante el temor de perder su empleo el trabajador se ve amenazado a acudir a trabajar aún enfermo, asumiendo un sacrificio que en absoluto le es exigible. Las ausencias de la trabajadora en las que la empresa basa su despido se consideran probadas por el órgano judicial, por lo que si la norma es declarada constitucional el despido sería declarado procedente y la demanda se desestimaría; si la norma se declara inconstitucional el despido sería nulo y se estimaría la demanda planteada.

Por su parte, el abogado del Estado y la fiscal general del Estado entienden que el auto del órgano judicial promotor de la cuestión no cumple el requisito de ofrecer una expresa fundamentación de la duda de constitucionalidad respecto a una posible vulneración del art.35 CE, por lo que el Tribunal debería limitar la cuestión a examinar si existe una posible contradicción entre el art.52 d) y los derechos a la integridad física y a la protección de la salud. Sin embargo, el TC pone de manifiesto que va a abordar la posible contradicción del art.52 d) ET no solo con los arts.15.1 y 43.1 CE, sino también con el art.35.1 CE, por

entender que el auto contiene una exposición mínima pero suficiente de los motivos por los que el órgano promotor entiende que el art.52 d) ET podría vulnerar el derecho al trabajo.

Examinados los antecedentes de hecho y antes de pasar al estudio de los razonamientos en los que se basa la sentencia, el TC recuerda que el art.52 d) ET tiene un objetivo legítimo, que consiste en proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo. Este objetivo está fundamentado en la libertad de empresa reconocida en el art.38 CE. La naturaleza objetiva del despido que se encuentra regulado en el art.52 d) ET obedece a una finalidad que permite al empresario extinguir un contrato laboral cuando las ausencias intermitentes del trabajador, justificadas o no, supongan para la empresa un incremento de costes laborales directos e indirectos. El absentismo conlleva para el empresario una serie de perjuicios económicos derivados de las ausencias intermitentes de los trabajadores. El legislador intenta atenuar los gastos generados al empresario mediante determinadas medidas tales como el despido objetivo.

El alto Tribunal se apoya en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero del 2018 (asunto C-270/16, Ruiz Conejero), en la que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la adecuación del art.52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato para el empleo y la ocupación. La jurisprudencia otorga valor a la interpretación jurídica que realiza el TJUE, conforme dispone el art.10.2 CE (SSTC 138/2018 de 17 de diciembre FJ 2^o³⁴, 32/2019, de 28 de febrero FJ 6^o³⁵, etc...). La sentencia europea alude a que el Gobierno español justifica el art.52 d) ET “con el fin de aumentar la productividad y eficiencia en el trabajo”, teniendo en cuenta que el absentismo laboral ha sido una causa de extinción del contrato de trabajo en nuestra legislación laboral. Otra de las razones que alega el Gobierno Español es que estas situaciones originan a las empresas una serie de costes directos, como son los pagos a la Seguridad Social, así como unos costes indirectos para sustituir las ausencias del trabajador, por lo que la relación laboral pasa a ser muy onerosa. Por todo ello, el TJUE considera que el objetivo de combatir el absentismo laboral supone una finalidad legítima a los efectos del art.2.2b)i) de la Directiva 2000/78/CE, considerando que se trata de una medida de política de empleo. Son los órganos judiciales los que deben juzgar en los supuestos concretos que tal medida legal no excede de la finalidad legítima en la que está inspirada tal norma.

Pasamos a exponer los razonamientos que efectúa el TC ante una eventual vulneración de determinados derechos fundamentales:

-En cuanto al conflicto entre el art.52 d) ET y el derecho a la integridad física (art.15 CE)

Es abundante la doctrina constitucional en la que se reconoce que el ámbito protegido por el art.15 CE podría verse afectado cuando una orden de trabajo genere un riesgo grave o

³⁴ STC 138/2018 de 17 de diciembre, FJ 2º. Recurso de amparo 275/2018. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo.

³⁵ STC 32/2019 de 28 de febrero, FJ 6º. Recurso de inconstitucionalidad 4703/2018.

peligro para la salud de la persona trabajadora, riesgo que ha de ser constatado. (STC 220/2005, FJ 4^o³⁶). El TC entiende que esta circunstancia no concurre en el art.52 d) ET, puesto que este precepto se limita a autorizar el despido para el caso que se supere un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado periodo de tiempo. No encuentra una conexión directa entre el derecho a la integridad física y el despido de un trabajador por parte del empresario por causas objetivas. Dichas causas no consisten en el hecho de estar enfermo, sino la reiteración intermitente de las faltas de asistencia al trabajo.

Por su parte, el legislador ha recogido en la norma una lista de situaciones o enfermedades graves que han sido excluidas expresamente, puesto que podrían suponer un riesgo u ocasionar un peligro para la salud de los trabajadores. Con ello el legislador mantiene el equilibrio entre los intereses empresariales y la protección y seguridad de los trabajadores, evitando situaciones injustas a juicio del TC. El Tribunal concluye su fundamentación descartando que el art.52 d) ET pueda entenderse contrario al art.15 CE, dado que este precepto no genera un peligro grave y cierto para la salud o recuperación de los trabajadores afectados por la decisión extintiva, ni es posible acordarla en los supuestos de enfermedad graves o demás supuestos expresamente excluidos por el legislador.

-En cuanto el conflicto entre el art.52 d) ET y el derecho a la protección de la salud (art.43.1 CE).

El Tribunal parte de que este derecho se encuentra entre los principios rectores de la política social y económica, gozando de las garantías previstas en el art.53.3 CE. Es el legislador el que debe regular las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan acceder a las prestaciones y a los servicios sanitarios respetando el mandato constitucional. Entiende el TC que el precepto en ningún caso afecta al régimen de acceso ni al propio contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores, teniendo en cuenta que se excluyen aquellas faltas de asistencia por enfermedades graves y otras situaciones relacionadas expresamente.

Dado que la norma en conflicto pretende establecer un equilibrio entre el interés legítimo del empresario para subsanar la onerosidad de las ausencias al trabajo y la protección de la salud de los trabajadores, el TC concluye afirmando que el art.52 d) ET no vulnera el derecho a la protección de la salud (art.43.1 CE).

-En cuanto al conflicto entre el art.52 d) ET y el derecho al trabajo (art. 35 CE)

El TC, también rechaza con su argumentación que el art.52 d) ET sea contrario al art.35 CE. Acepta que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, que afecta “al derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa”, pero entiende que existe una finalidad legítima, que consiste en evitar el incremento de costes que genera para el empresario las ausencias al trabajo y que tiene su fundamento en la libertad de empresa y en la defensa de la productividad reconocida constitucionalmente. Los derechos en conflicto se han ponderado al excluir del cómputo

³⁶ STC 220/2005 FJ 4º de 12 de septiembre.

las faltas de asistencia por los motivos que se encuentran recogidos en los párrafos segundo y tercero del art.52 d) ET, así como por el pago de la indemnización correspondiente al trabajador. En todo caso corresponde a la jurisdicción social controlar que se cumplan los presupuestos legales establecidos en el art.52 d) ET. En ningún caso podrá ir más allá de la finalidad legítima de defender los intereses protegidos.

En cuanto a una posible contradicción del art.52 d) ET con el art.6.1 del Convenio 158 de la OIT, el Tribunal no la aprecia. Esta afirmación se basa en que el legislador tiene facultad para establecer límites siempre que pondere los derechos e intereses en conflicto, por lo que conforme al art. 4 de dicho Convenio se puede extinguir el contrato de trabajo cuando concorra causa justificada, entendiendo que entre estas causas se encuentra la defensa de la productividad.

B) Los argumentos jurídicos que sustentan las discrepancias de los votos particulares

Se han formulado cuatro votos particulares discrepantes a la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad planteada, pasando a continuación a explicar los argumentos jurídicos en los que se basa cada uno.

-Voto particular del magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere el magistrado Don Cándido Conde-Pumpido Taurón.

Este magistrado pone de manifiesto que no está de acuerdo con la decisión adoptada por el Pleno del Tribunal y entiende que debía haberse estimado la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del art.35 CE. Sin embargo, está de acuerdo y coincide con la resolución dictada que el art.52 d) ET no vulnera los artículos 15 y 43 de la CE porque no se atenta de forma directa y grave a la integridad física y, por otro lado, no se excluyen las prestaciones sanitarias correspondientes, que es lo que debe estar garantizado en caso de enfermedad.

Tras la exposición de las razones por las que el Pleno del Tribunal considera que no se produce la vulneración del art.35.1 CE alude al derecho al trabajo en su vertiente individual como punto de partida, que se concreta “en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa” (STC 22/1981 de 2 de julio, FJ 8º). Manifiesta que no se ha analizado la constitucionalidad de” la justa causa”. Son varias las objeciones que sostiene Valdés-Dal-Ré; en primer lugar, que el Tribunal no ha analizado desde la perspectiva constitucional la justa causa de la decisión extintiva. Este examen de constitucionalidad no depende ni supone establecer objetivos de combatir el absentismo laboral, ni el establecimiento de un régimen de causalidad extintiva ligado a él, ni la determinación de excepciones al cómputo de su producción y tampoco la existencia de una indemnización y de una reacción potencial en vía jurisdiccional. Solo se puede llevar un control de la constitucionalidad del precepto en cuestión si se analiza si la causa es justa o no, por lo tanto dependerá de la “calificación” que se haga de la causa.

En segundo lugar, plantea una inconstitucionalidad por omisión al no haber incluido el legislador, entre las excepciones que expresamente recoge en el art.52 d) LET, las ausencias intermitentes de corta duración que se produzcan por enfermedades justificadas del trabajador. Por su ubicación en la Constitución, el art.53.1 CE establece como garantía al derecho al trabajo que el legislador deberá respetar su contenido esencial en todo caso, por lo que todas las reformas deben respetar y adecuarse al texto constitucional. En relación con las normas internacionales y comunitarias destaca el Convenio 158 de la OIT, cuyo art.4 dispone: “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 [...]”. El TC dispone en su sentencia que no se aprecia que la regulación contenida en el art.52 d) ET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del capítulo VI del Convenio, sin embargo se argumenta en el voto que el artículo 6.2 del citado Convenio entiende que no autoriza al legislador español a establecer como causa de despido la que estamos analizando, puesto que esa causa lesiona y no respeta el contenido esencial del art.35.1 CE. Debería abordarse si el hecho de que el precepto cuestionado no haya incluido las ausencias aún justificadas, pero intermitentes, por enfermedades de corta duración del trabajador en los supuestos excluidos, ocasionando una omisión, es compatible con el art.35.1 CE, al exigir que la causa de extinción de una relación laboral debe ser justa.

Respecto a la argumentación de la libertad de empresa reconocida en el art.38 CE como fundamento que justifica una limitación del derecho al trabajo, el magistrado realiza una serie de consideraciones que pasamos a exponer. La sentencia alude a la libertad de empresa, entre otros factores, para delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales, olvidando que el art.53 de la CE no permite reducir “el contenido esencial” de los derechos del Capítulo II Título I. Se invoca el art.38 CE para justificar las normas laborales que afectan a los derechos fundamentales de los trabajadores, dando lugar a un pretendido conflicto de derechos que necesita de ponderación para fijar los límites de cada uno de los derechos, conflicto que en su opinión no existe. El art.38 CE afecta a la facultad de iniciar una actividad empresarial o al derecho a poder ser ejercida en condiciones de igualdad, contenido que no afecta al caso que nos ocupa como es el régimen de despido. Únicamente existen conexiones indirectas y vagas. De esta forma afirma que, las ausencias en el caso concreto de la trabajadora que suponen un 7,84% en doce meses, pongan en riesgo la productividad de la empresa resulte desproporcionado y por supuesto no tiene en cuenta el contenido esencial de la libertad de empresa. Para ello, se basa en otras sentencias constitucionales en las que se establece que: “el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado, sino limitado por la regulación [...], limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando en todo caso el contenido esencial del derecho” (STC 18/2011 de 3 de marzo FJ 15º). La libertad de empresa no afecta a las fuentes de la relación laboral o a los límites del legislador en el ámbito laboral cuando afecta a los derechos fundamentales de los trabajadores.

En su opinión, dado que no existe conflicto de derechos, el debate debió situarse en calificar si la causa que extingue el contrato de trabajo tiene el carácter de justo o no.

Por último, declara el magistrado que el estado de salud o enfermedad de la persona trabajadora puede constituir una causa de discriminación que estaría reconocida en el art.14

CE dentro de la cláusula genérica de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por lo tanto, si las ausencias están justificadas y peligra el estado de salud, el despido por esta causa hace que el trabajador no atienda al cuidado de su salud porque se ve amenazado a perder su puesto de trabajo, por lo que no puede existir una causa justa. Como consecuencia de ello, no existiendo una justa causa, entiende que el precepto es inconstitucional por omisión, al lesionar el art.35.1 CE.

-Voto particular del magistrado D.Juan Antonio Xiol Ríos

El magistrado manifiesta su discrepancia con la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a la vulneración de los arts. 15 y 43 CE. Coincide con el voto particular formulado por la magistrada Doña María Luisa Balaguer Callejón al que se adhiere respecto a ese particular. En relación con la vulneración del art 35.1 CE coincide con el voto particular formulado por el magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere respecto al mismo.

-Voto particular de la magistrada Doña María Luisa Balaguer Callejón

La magistrada mantiene una posición que discrepa con el fallo de la sentencia dictada y deja constancia de los fundamentos en que basa su postura procediendo al análisis de los mismos.

Al igual que D. Fernando Valdés Dal-Ré comparte la postura de que el art.52 d) ET es contrario al derecho al trabajo reconocido en el art.35.1 de la CE. Este precepto recoge un despido no causal contrario a la doctrina establecida por el TC que mantiene la necesaria causalidad del despido aludiendo a la STC 22/1981 de 2 de julio FJ 8^o³⁷. Además, añade que en esta norma prevalecen los intereses empresariales por encima de los derechos de los trabajadores, facilitando los despidos por causas objetivas al haberse suprimido, mediante la reforma del art.52 d) ET que tiene lugar en virtud del Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, el índice de absentismo del conjunto de la empresa, teniéndose solo en cuenta las ausencias de la persona trabajadora individualmente considerada, sin explicar los motivos de esa variación.

Discrepa con el fallo de la mayoría, en que la libertad de empresa consagrada en el art.38 CE pueda ser utilizada para fundamentar el art.52 d) ET, y por tanto para combatir el absentismo laboral. El TC mediante sus pronunciamientos ha ido delimitando el contenido de la libertad de empresa, que consiste en la libertad de iniciar y sostener la actividad empresarial, que ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero con sujeción a las normas de ordenación del mercado y de la actividad económica general, por lo que no puede entenderse como desarrollo del art.38 CE cualquier aspecto o decisión empresarial y, en concreto, aquellos que tienen por objeto controlar el absentismo laboral, puesto que este aspecto afecta al funcionamiento interno y a la organización. Este control no se puede

³⁷ STC 22/1981, de 2 de julio, FJ8º “El derecho al trabajo, en su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos sino existe una justa causa”.

ejercer mediante despidos que carecen de causa, ya que colisionan con las garantías constitucionales del derecho al trabajo.

En este voto particular se comparte el razonamiento expuesto en el auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que el precepto en cuestión evidencia un riesgo para la integridad física y moral. El art.52 d) ET supone una vulneración del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (art.15 CE). Para que se produzca una vulneración del art.15 CE no es necesario que se haya consumado una lesión, es suficiente con que exista un riesgo relevante de que ésta se produzca, y ello tiene lugar cuando se genera un peligro grave y cierto para la salud (STC 221/2002 de 25 de noviembre FJ 4º). El hecho de que el art.43 CE esté recogido como un principio rector y no como un derecho fundamental no implica que el derecho a la salud sea una norma únicamente programática y vacía de contenido, sino que tal como dispone el art.53.3 de la CE obliga y es vinculante para el legislador. La protección de la salud en relación con el derecho a la integridad física y moral de las personas trabajadoras pueden verse afectadas por la aplicación del art.52 d) ET, puesto que las ausencias, aún justificadas, que se deriven de enfermedades de corta duración pueden dar lugar a un despido y ello obliga a los trabajadores a no atender de la forma más adecuada su estado de salud a fin de no perder su puesto de trabajo. Se pone como ejemplo un proceso gripal, en el que incluso las autoridades sanitarias recomiendan permanecer en el domicilio no sólo cuando afecta a personas con enfermedades crónicas, sino por el propio riesgo de contagio de la enfermedad a otras personas. Esto le lleva a afirmar que la libertad de empresa o la defensa de la productividad no pueden ser en ningún caso antepuestas a la integridad física y moral y a la protección de la salud humana.

La magistrada entiende que admitir el supuesto concreto, de la trabajadora que ha justificado todas sus ausencias por baja laboral debidas al lumbago o dolores de espalda, como causa del despido objetivo recogido en el art.52d) ET, contraviene el derecho consagrado en el art.43.1 en conexión con el art.15 CE, así como el respeto a la dignidad de la persona como fundamento del orden público y de la paz social (art.10.1 CE).

Uno de los puntos más importantes en los que se fundamenta este voto particular y que la sentencia del TC no ha abordado, es el hecho de que la norma incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo, extremo que se encuentra presente en el auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad. El TC ha establecido que la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo también “se conecta con la noción sustancial de igualdad”, y esta conexión “permite ampliar la noción de discriminación, incluyendo no solo la noción de discriminación directa [...], sino también la noción de discriminación indirecta...”.(STC 145/1991 de 1 de julio FJ 2º).

Mención especial se realiza de la reciente STC 91/2019 de 2 de julio FJ 4º, dado que aborda con profundidad el tema de la prohibición de la discriminación indirecta por razón de sexo. El TC ha asumido el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo elaborado por el TJUE, entendiendo que son “aquellas medidas que perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres; estas medidas están prohibidas salvo que puedan

justificarse por factores objetivos y que no tengan nada que ver con la discriminación por razón de sexo”.

El concepto de discriminación indirecta por razón de sexo está recogido expresamente en el derecho de la Unión Europea, así como en nuestro ordenamiento jurídico interno, en concreto, en el art.6.2 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Cuando se alega una discriminación indirecta por razón de sexo es necesario que exista una norma, una interpretación o aplicación que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente por mujeres. También se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que origina la diferencia de trato responde a medidas de política social, justificadas por razones objetivas; se ha de producir un tratamiento distinto y perjudicial para un grupo social que esté formado mayoritariamente por mujeres y que no esté justificado constitucionalmente como un límite al derecho consagrado en el art.14 CE. El concepto de discriminación indirecta por razón de sexo se delimita a nivel comunitario y posteriormente a nivel nacional, y ello ante la falta de los planteamientos clásicos que únicamente identificaban las discriminaciones directas. La progresiva delimitación de este concepto ha supuesto un avance sustancial en la tutela antidiscriminatoria; una auténtica transformación en su perspectiva, evolucionando de lo formal a lo efectivo, en definitiva este concepto descubre la forma que adopta el fenómeno discriminatorio en su exteriorización tal y como sostiene María Amparo Calabuig Puig³⁸.

Para abordar el análisis de la discriminación indirecta es necesario acudir a datos estadísticos oficiales. La magistrada, en apoyo de sus argumentaciones, acude a los datos que ofrece el INE y a otros estudios oficiales, llegando a la conclusión de que existe una discriminación indirecta por razón de sexo en el art.52 d) ET, ya que afecta en mayor medida a la mujer que al hombre.

De los estudios que arrojan las cifras contrastadas se deduce que las mujeres padecen más enfermedades que ocasionan situaciones de incapacidad laboral temporal, ya que reparten su tiempo entre su actividad laboral y las tareas domésticas en mayor porcentaje que el hombre, la implicación de la mujer en el ámbito doméstico continúa siendo más superior a la del hombre, lleva mayor carga en el cuidado de los hijos menores o de otros miembros dependientes que conviven en el hogar familiar. También se desprende que en los hogares monoparentales es superior el número en los que el progenitor es una mujer, lo que afecta negativamente al desempeño de la actividad laboral. Igualmente, es más elevado el número de mujeres que se encargan del cuidado de personas que padecen discapacidad o que se encuentran en situación de dependencia.

De los datos expuestos se deduce que si bien se ha producido una cierta evolución, las mujeres continúan siendo un colectivo que mantiene la carga tradicional de la doble jornada, repercutiendo esta circunstancia tanto en su salud como en su actividad laboral, lo que unido a sus propias condiciones fisiológicas, da lugar a que puedan sufrir en un mayor

³⁸ Calabuig Puig, María Amparo, “Sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº22, 2013, pp.343-370

porcentaje ausencias debidas a enfermedades de corta duración y por tanto están más expuestas a la aplicación del art.52 d) ET.

Por todo ello, considera que el precepto en cuestión incurre en una clara discriminación indirecta por razón de sexo, por lo que debería de ser declarado inconstitucional, especialmente por este motivo.

C) Las críticas de la doctrina científica a la STC 118/2019

La STC 118/2019, de 16 de octubre, no ha sido bien acogida por una amplia mayoría de la doctrina científica, que ha llevado a cabo una importante labor crítica respecto al pronunciamiento y a las argumentaciones jurídicas recogidas por el TC en su sentencia, en la que hace prevalecer la libertad de empresa sobre la salud y el derecho al trabajo.

A tenor de la resolución que estamos estudiando, la libertad de empresa y la defensa de la productividad parecen constituirse en un valor constitucional superior a la salud de los trabajadores, por lo que prevalecen frente a un derecho fundamental consistente en el derecho a la integridad física y moral. Este pronunciamiento influirá notoriamente en las personas trabajadoras que se encuentren enfermas, puesto que acudirán al centro de trabajo, lamentablemente coaccionadas, y ello para no ser despedidas en virtud del art.52 d) ET, lo cual perjudicará no solo su salud, sino también la de sus compañeros de trabajo y terceras personas, según comenta José Luis Monereo Pérez y Sara Guindo Morales³⁹. Para estos autores el despido recogido en este precepto tiene un carácter “cuasi- disciplinario o presuntamente disciplinario”, dado que presume la existencia de un fraude o de un comportamiento irregular por parte de las personas trabajadoras, lo cual es objeto de crítica. Por ello, no se trata de un despido por causas objetivas sino subjetivas, en el que existe una presunción de culpabilidad y castiga a aquellos trabajadores que padecen una enfermedad.

El problema del absentismo laboral debe encontrar solución en un mayor control y castigo de los fraudes cometidos por las personas trabajadoras individualmente consideradas, por lo que resulta ilógico e injusto que se castigue con el despido a un trabajador que tiene faltas de asistencia al trabajo que están justificadas por padecer una enfermedad crónica o enfermedades asimilables a la discapacidad (conforme a recientes sentencias del TJUE). Los referidos autores se suman a los votos particulares dictados a la sentencia que es objeto de análisis, entendiendo que se vulnera el derecho a la salud y el derecho al trabajo, respecto al cual es esencial el no ser despedido sin la existencia de una justa causa. Según su opinión el art.52 d) ET produce una doble discriminación: una por razón de discapacidad y otra por discriminación indirecta por razón de sexo.

³⁹ Monereo Pérez, José Luis y Guindo Morales, Sara “sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista de jurisprudencia laboral* 7/2019.

El eje central de las críticas acometidas tras el análisis llevado a cabo del contenido de la sentencia se fija en el polémico debate del equilibrio entre intereses de productividad empresarial y derechos de los trabajadores. En un artículo del “Foro de Labos” sobre “Absentismo, Productividad y Tribunal Constitucional” se analizan algunas cuestiones relevantes de la sentencia. Se critica que, junto a la argumentación principal, el Tribunal ofrece argumentos colaterales que se consideran irrelevantes. Tanto en la sentencia como en los votos particulares se cita la doctrina del TJUE sobre el asunto Ruiz Conejero entendiendo que tal mención no aporta realmente nada al fondo de la cuestión, en realidad lo importante es valorar si la redacción de la norma y los criterios para ser aplicada vulneran los derechos del trabajador, es decir, si el daño provocado al derecho al trabajo, a la salud o a la integridad física y moral es proporcionado para conseguir el fin perseguido.

Otra de las cuestiones que sorprende a la doctrina es el hecho de que la sentencia señale que “los tratados internacionales no integran el canon de inconstitucionalidad” y posteriormente el Tribunal justifique que la norma interna es conforme y se ajusta al Convenio 158 de la OIT, argumentación considerada como “pobre”. Cuando el juez ordinario se enfrenta a una norma interna, posterior a un tratado internacional que lo contradice, se plantea un problema, que según el TC puede salvarse mediante una interpretación, en concreto, del art.52 d) ET conforme a la norma internacional. Sin embargo, se critica esta valoración por ser considerada extremadamente formal. Debe exigirse, a los efectos del art.6 del Convenio 158 OIT, que las limitaciones que establece el legislador sean proporcionadas. Tal y como señala Valdés Dal-Ré, la Sala renuncia a realizar un análisis de proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad que se lleva a cabo es ajeno a la causa concreta del despido. Este sector de la doctrina da por cierto que el legislador ha realizado un juicio en el que hay una ponderación de intereses y es legítimo entender que la empresa no tiene que asumir todos los costes que conlleva las ausencias intermitentes de un trabajador, pero es llamativo que se haya eliminado cualquier elemento probatorio de la existencia del interés empresarial; esta función se cumplía con el requisito del absentismo de la plantilla que existía antes de la reforma del 2012.

Por todo ello se entiende que no es incorrecta la conclusión a la que llega la Sala, esto es, a declarar la constitucionalidad del precepto, aunque debería de incluirse un aspecto interpretativo de forma que el órgano judicial pudiera exigir que se acreditara el perjuicio que se ha producido al empresario para poder aplicar una proporcionalidad en los intereses que se encuentran en conflicto. Esta doctrina coincide con el magistrado Valdés Dal Ré al criticar que la argumentación dada por la resolución resulta insuficiente.

Por su parte también son de mencionar los comentarios realizados por Pablo Jimeno Díaz de Atauri⁴⁰, en los que expone los motivos de la sentencia y discrepancia de los votos particulares, así como un análisis crítico de la misma. El TC ha avalado en la STC 118/2019 que el art.52 d) ET es conforme al texto constitucional, ha rechazado todos los motivos por los que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad aunque los votos particulares rechazan la argumentación dada por la mayoría. Respecto al fundamento de la

⁴⁰ Díaz de Atauri, Pablo Gimeno “Absentismo, Productividad y Tribunal Constitucional”. (I, Y II). Foro de Labos 5/11/2019.

causa de despido, para la mayoría responde al “objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y en la eficiencia en el trabajo” y 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”. En el voto particular de Balaguer Callejón, al que se adhiere Xiol Ríos en este punto, se pone en cuestión esta afirmación entendiendo que las ausencias de un solo trabajador no producen un impacto real en la productividad, en todo caso sería nulo o escaso. Respecto a la posible vulneración de la integridad física y protección de la salud, la sentencia recoge como opinión mayoritaria que es necesario que se genere un peligro cierto y grave para la misma, no siendo necesario que el daño se consume, siendo excluidas del cómputo las enfermedades graves o de mayor duración para que la integridad física no pueda verse afectada. Apunta el mencionado autor que también en este punto la magistrada Balaguer Callejón difiere del razonamiento de la mayoría, y ello mediante dos líneas argumentativas: el riesgo para la salud de compañeros de trabajo o de terceros y para la propia trabajadora, que al continuar en su puesto de trabajo supondría “un riesgo cierto y grave de empeoramiento”. En cuanto a la tutela del derecho al trabajo es parecer de la mayoría que la norma limita este derecho, pero es adecuada en la ponderación entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa; supone por tanto una ponderación correcta de ambos derechos. En este punto el magistrado Valdés Dal- Ré formula un voto particular al que se adhiere Conde-Pompido Taurón. La crítica principal es que se ha emitido la valoración de una “justa causa” y se ha sustituido por “una causa objetiva”. A su juicio no se puede asimilar el fin legítimo (combatir el absentismo laboral) con causa justa para poder extinguir una relación laboral cuando el absentismo alcance un determinado porcentaje; por ello no considera suficiente que las ausencias laborales de una persona trabajadora puedan afectar por si solas a la productividad de la empresa, ni puedan dar lugar al libre ejercicio empresarial amparado en el art. 38 de la CE.

Un sector doctrinal señala que en el voto particular que emiten los magistrados Valdés Dal- Ré, Xiol Ríos y Balaguer Callejón mantienen que el control del absentismo es una cuestión que se refiere al funcionamiento interno, a la organización de la empresa, pero no adquiere una dimensión constitucional que pueda tener en cuenta el art.38 CE. Por ello los magistrados argumentan de forma insistente que el art.52 d) ET es contrario al derecho a la protección de la salud y niegan que la libertad de empresa o la defensa de la productividad prevalezca sobre la integridad física y moral de los trabajadores. Si las ausencias al trabajo están justificadas y está en peligro la salud, el despido se convertirá en la causa por la que el trabajador dejará en segundo plano el cuidado de su salud a fin de no ver extinguida su relación laboral.

La doctrina mayoritaria se ha hecho eco de los argumentos expuestos en el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, que añade otro argumento por el que se debería declarar la inconstitucionalidad de la norma, esto es, “la discriminación indirecta por razón de sexo”. Expone una serie de datos y de informes que demuestran que la mujer es un colectivo que sufre en mayor medida que los hombres la doble jornada laboral y familiar, lo que conlleva y repercute en su salud, influyendo de manera negativa en su actividad laboral y sufriendo así, en mayor medida, las consecuencias negativas de la aplicación del precepto objeto de la cuestión planteada.

No podemos finalizar este apartado sin hacer alusión a un reciente artículo publicado por Albert Forcadell Escouffier y Cristian Navarro Díez⁴¹ en el que llevan a cabo un comentario de la STSJ de Cataluña, de 17 de enero de 2020, donde se ensalza el valor de esta resolución que se atreven a calificarla de revolucionaria en relación con la potencia de su argumentación y metodología del “control de convencionalidad” de una norma declarada constitucional. La resolución establece la diferencia entre dicho “control de convencionalidad” y el “control de constitucionalidad”. Si bien este último corresponde al TC, pertenece exclusivamente al juez ordinario la función de determinar la norma aplicable al caso concreto. El TC interpreta que corresponde a la jurisdicción ordinaria en exclusiva el control de convencionalidad, y ello al tratarse de una cuestión de legalidad que excede de su ámbito de conformidad con el art.96 de la CE⁴², dándole preferencia a la norma internacional sin que implique la expulsión de la norma interna. El TSJ, al ejercer el control de aplicabilidad, entiende que la norma interna es contraria a tratados y convenios internacionales, por lo que deja inaplicado el art.52 d) ET aunque no expulsado del ordenamiento jurídico. Incluso de conformidad al art.4 de la LO 3/2017, el órgano judicial está obligado a incorporar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, lo que le lleva a la conclusión de que el art.52 d) ET supone una discriminación indirecta, dado que a pesar de ser una disposición aparentemente neutra produce una desigualdad de trato para el género femenino. Tal y como sostienen Albert Forcadell y Cristian Navarro, el control de convencionalidad ejercido por el TSJ de Cataluña es una herramienta que debe ser utilizada por los órganos judiciales del orden social para cuestionar la aplicación de algunas normas internas, que después de varias reformas laborales han provocado la eliminación de garantías y una disminución en los sistemas de protección frente al despido. Ello da lugar a que los jueces y tribunales en el ámbito laboral recurran a la aplicación de las normas internacionales por encima de las normas internas.

En conclusión, como hemos visto en este capítulo la fundamentación jurídica de la polémica STC 118/2019 se apoya en la prevalencia de la libertad de empresa, como fundamento constitucional del art.52 d) ET, sobre derechos tan importantes como el derecho a la integridad física y moral, al trabajo y a la protección de la salud, entendiendo el TC que la regulación que contiene esta norma obedece a una finalidad legítima de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, eximiendo al empresario de la obligación de mantener una relación laboral en el que las ausencias al trabajo suponen una excesiva onerosidad. El TC, previo examen del contenido esencial y límites de cada uno de estos derechos, llega a la conclusión de que el mencionado precepto es constitucional.

Sin embargo, las discrepancias que se producen en los votos particulares emitidos por los magistrados disidentes ponen de relieve que la norma interna no se ajusta a los tratados y

⁴¹ Forcadell Escouffier, Albert y Navarro Díez Cristian, “Compatibilidad del control de convencionalidad con la superación del control de constitucionalidad, comentario de la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, que declara la inaplicabilidad del art. 52 d) T durante el periodo de vigencia anterior a su derogación. IUSLABOR 1/2020

⁴² Art. 96.1 de la CE- “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente publicados en España, formarán parte del ordenamiento jurídico. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

convenios internacionales, que no se ha llevado a cabo un análisis de si es justa o no la causa que legitima el despido por ausencias temporales causadas por enfermedad y, además, que la norma interna supone una discriminación indirecta por razón de sexo que dicha sentencia no ha apreciado.

El análisis de la doctrina científica se muestra muy crítico hacia dicha resolución, al argumentar con dureza que la libertad de empresa y la defensa de la productividad merman derechos fundamentales de las personas trabajadoras. En este sentido los principales puntos de crítica se centran en que nos encontramos ante un despido subjetivo que castiga injustamente a aquellas personas trabajadoras que padecen enfermedades crónicas o asimiladas a la discapacidad, que no existe “justa causa”, sino una causa objetiva en todo caso. La norma cuestionada genera una discriminación por discapacidad y por razón de sexo, dado que en el equilibrio de derechos e intereses el legislador ha establecido unas limitaciones que no son proporcionadas ni adecuadas y eso conlleva eliminar garantías poniendo en riesgo los sistemas de protección de derechos. Todo ello supone un evidente retroceso en el avance de los derechos sociales en nuestra sociedad.

Autores como Monereo Pérez y Ortega Lozano sostienen que se debe evitar el efecto de cosificar al trabajador, esto es, utilizarlo como una máquina que cuando se “avería” debe ser cambiada, idea que se contrapone con el principio fundamental de la OIT que establece que “el trabajo no es una mercancía”⁴³.

Se pone así de manifiesto la existencia de unos derechos en conflicto en los que su contenido esencial y límites son fundamentales a la hora de llevar a cabo la ponderación de los mismos. Sin embargo, hemos podido observar que pese a que estos conceptos han sido delimitados por nuestra jurisprudencia constitucional pueden ser interpretados desde un punto de vista subjetivo dando lugar a posiciones diferentes a la hora de determinar si se ha vulnerado o no el núcleo esencial de estos derechos o si se han traspasado los límites que definen los mismos. Consideramos, tal y como señala Tur Ausina y Álvarez Conde⁴⁴, que la limitación a un derecho debe ser constitucionalmente lícita y estar justificada. La finalidad debe estar inspirada en “el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” según señala la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art.29.2. Por ello, como mantienen estos autores los límites a los derechos solo se pueden apoyar en valores constitucionales como la solidaridad, la igualdad real y efectiva o la participación misma de la ciudadanía, entre otros, teniendo en cuenta la propia normativa internacional. En el caso que estamos analizando entendemos que el TC a la hora de ponderar los derechos en conflicto se ha alejado en cierta medida de los valores constitucionales esenciales que deben de inspirar cualquier limitación de derecho. Al margen de la constitucionalidad declarada respecto al art.52 d) ET no se cumplen las normas de derecho internacional, siendo el TSJ de Cataluña el que ha llevado a cabo un juicio de aplicabilidad y en virtud del principio de jerarquía normativa, dado que la norma es contraria a las normas internacionales, ha declarado inaplicable el precepto a pesar de

⁴³ Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, de 10 de mayo de 1944 (Declaración de Filadelfia). Principio fundamental recogido en el apartado (a)

⁴⁴ Tur Ausina, Rosario y Álvarez Conde Enrique, Derecho Constitucional, Editorial Tecnos 2016.

haber pasado el previo control de constitucionalidad, habiendo resuelto la cuestión por esta vía aplicable.

CAPÍTULO IV: LA INTERVENCIÓN GUBERNATIVA EN EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS: ANÁLISIS DEL RDL 4/2020 POR EL QUE SE DEROGA EL ART 52.D) ET

El despido objetivo por absentismo laboral, aún justificado, ha formado parte de nuestra legislación laboral durante décadas, pero sin duda alguna a partir de la reforma laboral de 2012 se convierte en una materia de conflicto, siendo objeto de crítica por parte de la doctrina al considerar que esta causa de despido vulnera derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la protección de la salud y el derecho al trabajo, y es contraria a las normas internacionales.

Un estrenado Gobierno lleva a cabo una modificación laboral derogando el precepto que legitima el despido objetivo de las personas trabajadoras que incurren en faltas de asistencia al trabajo, ya sean justificadas o no, cuando superen ciertos porcentajes. En fecha de 19 de febrero del presente año se publica en el BOE el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el art.52 d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El Ministerio de Trabajo y Economía Social basa tal medida en una serie de argumentos que justifica en una extensa exposición de motivos, en la que según Baylos Grau⁴⁵ da una cumplida cuenta tanto de la problemática jurídica y política de esta decisión, como de las razones de urgencia que aconsejan la utilización de un decreto-ley. En efecto, en primer lugar se analizan los motivos de fondo que dan lugar a esta reforma y en segundo lugar examina los motivos de forma que justifican la utilización de un decreto-ley, como modalidad legislativa, para abordar la reforma pretendida. El Gobierno manifiesta que respeta los límites materiales y formales establecidos en el art.86.1 CE⁴⁶ explicando el supuesto habilitante, consistente en una situación de extraordinaria y urgente necesidad.

Las razones que dan lugar a la derogación de esta norma son: el mecanismo del despido objetivo por absentismo laboral aplicado de forma automática sin realizar un juicio de

⁴⁵ Baylos Grau, Antonio, “¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52 d) del ET?” <https://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/laboral-despidonulo-ccoo-ugt-improcedente-despidoporenfermedad-derogacion-art52d-estatutotrabajadores/20200225> Consulta: (3/05/2020).

⁴⁶ Art. 86.1 CE “En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general.

adecuación y proporcionalidad, así como el hecho de ser un instrumento que puede provocar discriminación indirecta por razón de discapacidad y de género.

Tras la modificación llevada a cabo en el precepto en el año 2012 se suprime el requisito de la existencia de un absentismo global en la empresa, por lo que se elimina la posibilidad de llevar a cabo un análisis de adecuación y proporcionalidad en cada caso. Se trata de un precepto que legitima el despido objetivo con derecho a una indemnización reducida de las personas trabajadoras que incurrir en faltas de asistencia injustificadas o justificadas por bajas médicas cuya duración sea inferior a veinte días, siempre que superen unos porcentajes determinados fijados en la norma. Estos porcentajes se refieren únicamente a la persona trabajadora, dado que se han eliminado los mecanismos que tienen en cuenta la adecuación y proporcionalidad con respecto a la situación de la empresa. Se trata de una sanción a la persona que padece una enfermedad común cuando en realidad la legislación laboral cuenta con otras medidas para sancionar a la persona trabajadora con faltas de asistencia injustificadas.

Según Molina Navarrete⁴⁷ el legislador gubernamental “da un golpe jurídico de autoridad”, convierte en letra legal la doctrina judicial más reciente y que considera esta causa extintiva como injusta y contraria a las normas internacionales (STSJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero). El Gobierno ha tenido en cuenta las distintas sentencias que se han dictado recientemente como consecuencia de los despidos objetivos basados en el art.52 d) ET, en especial, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en sentencia 118/2019 de 16 de octubre y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016- Ruiz Conejero. Esta última establece que el art.52.d) ET no se ajusta a la Directiva 2000/78/ CE del Consejo. Se opone a que exista una normativa nacional por la que se permita al empresario despedir a una persona trabajadora por ausencias en el trabajo, aún justificadas pero intermitentes, cuando sean consecuencia de enfermedades atribuibles a su discapacidad por considerar que puede existir una discriminación por razón de esta causa. Sin embargo, se exceptúa aquella normativa que tenga una finalidad legítima como combatir el absentismo laboral, dado que se trata de una medida de política de empleo y que dicha normativa no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. En definitiva, es necesario que existan unos cauces de control de adecuación a la finalidad pretendida y de proporcionalidad, comprobando que los medios utilizados para conseguir esa finalidad son adecuados, siendo competencia del órgano jurisdiccional. El despido por causa de absentismo de personas trabajadoras por motivo de enfermedad supone, por un lado, la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad y, por otro lado, pone al trabajador en una situación vulnerable tanto en el ámbito profesional como en el personal y social, por lo que no ofrece una respuesta adecuada a esta cuestión.

El Ejecutivo entiende, tras el examen de la doctrina del TJUE, que es necesario que existan mecanismos para analizar la situación concreta y para determinar si es adecuada la finalidad perseguida y proporcionada la medida adoptada. Sin embargo, el art.52 d) ET no contiene

⁴⁷ Navarrete Molina Cristobal, Comentario del profesor C.Molina a los olvidos y deficiencias del RDL.- “Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal”.

ningún mecanismo para analizar la adecuación y proporcionalidad, sino que se limita a la aplicación de forma automática del despido objetivo cuando se alcanzan los porcentajes de absentismo laboral de la persona trabajadora. Por ello, considera necesario una corrección inmediata para adaptarse a la doctrina que ha dispuesto el TJUE a través de sus distintos pronunciamientos.

Otra cuestión es la diferencia que existe entre la regulación del despido objetivo en nuestro ordenamiento jurídico frente a otros ordenamientos europeos. En nuestro marco normativo es posible el despido objetivo en aquellos supuestos que expresamente recoge la ley, deben cumplirse los requisitos y las circunstancias exigidas para que el despido sea válido y legal. Sin embargo, en la mayoría de los ordenamientos europeos es necesario que concurra una justa causa para que sea válido el despido. En este ámbito corresponde a los tribunales analizar si la causa alegada es justa y proporcional a la situación que concurre en cada caso concreto. Para el Gobierno, éste es el escenario que el TJUE tuvo en cuenta en la sentencia dictada en el asunto Ruiz Conejero y por tanto es otro de los argumentos que ofrece contrario al art.52 d) ET.

De acuerdo a la doctrina mantenida por el TJUE se pone de manifiesto que el despido basado en el absentismo laboral que recaiga en personas con discapacidad o en personas que padezcan enfermedades de larga duración podría originar una discriminación indirecta por razón de discapacidad al pertenecer a un colectivo especialmente vulnerable. Las circunstancias personales y el hecho de padecer determinadas patologías conllevan un número de bajas mayor que el resto de trabajadores por causas no imputables al propio trabajador, pudiendo producirse una discriminación indirecta por razón de discapacidad, de ahí que sea necesario adoptar las garantías necesarias para que ello no se produzca, garantías de las que carece el art.52 d) ET.

Especial trascendencia tiene la última razón que justifica la necesidad de la derogación inmediata del art.52 d) ET alegada por el Gobierno en el Decreto-ley 4/2020. El despido objetivo regulado en el precepto mencionado es susceptible de afectar en mayor medida a las mujeres, dado que son ellas las que se siguen encargando de los cuidados de dependientes, según consta en los datos estadísticos actuales del INE, y ello ocasiona que el despido objetivo regulado en el art 52.d) ET pueda suponer una discriminación indirecta por razón de género. El hecho de que este artículo no contemple la posibilidad de realizar un análisis de adecuación y proporcionalidad en el supuesto concreto, conforme establece la jurisprudencia del TJUE, puede provocar una discriminación indirecta por razón de discapacidad y por razón de género.

El Ejecutivo entiende que debe ser suprimido inmediatamente este precepto de nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de conseguir un contexto en el que se produzca una conciliación y se hagan responsables las personas, las empresas y en general toda la sociedad, exigiendo una corresponsabilidad a todos ellos.

Finalmente, se hace constar en la exposición que los motivos de fondo que justifican la derogación del precepto en cuestión tienen lugar “a efectos de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas, así como para evitar el riesgo de exclusión social de colectivos de especial vulnerabilidad”.

Si bien el Gobierno ha cumplido un compromiso electoral con la utilización de la legislación de urgencia, esto no significa que no se hayan cometido errores, originando con ello problemas interpretativos, según apunta Molina Navarrete. A su juicio se plantean fundamentalmente tres problemas, el primero de ellos un problema de legitimidad constitucional de la norma de autoridad, y ello por la utilización de un decreto-ley. En segundo lugar, un problema de derecho transitorio o derecho intertemporal. En efecto, se ha omitido una regla de derecho transitorio que regule cual es el ámbito temporal de la norma, planteándose dudas respecto a los procesos que estén pendientes de resolver. En opinión de este autor se trata de un grave déficit de calidad en la técnica legislativa utilizada, pero entiende que el legislador debió de aclarar la situación por seguridad jurídica. En tercer lugar, existe un problema de incoherencia e ineficacia finalista y valorativa. Sostiene Molina Navarrete que no se prohíbe el despido por absentismo laboral injustificado, ni el despido por absentismo justificado, ni tampoco se evita un uso mercantil de la salud, ya que existen otras causas para canalizarlos. Consecuencia de ello cabe plantearse si se seguirá negociando con la salud de las personas trabajadoras. Desde un punto de vista jurídico no se califica el despido por razones de salud como una causa prohibida del despido ni por la norma nacional ni por la norma internacional (Convenio 158 OIT), a partir de la derogación del art.52 d) ET lo único que ha cambiado es el importe de la indemnización que le corresponde a la persona trabajadora, por lo que este autor llega a la conclusión de que sigue existiendo una defensa de la productividad y sigue “mercadeándose” con esta causa de despido.

Con la derogación del art.52 d) ET la doctrina se ha planteado el debate sobre la calificación que tendría un despido en el que se alegue esta causa. Algún sector de la doctrina sostiene que si este despido se sigue utilizando se calificaría como improcedente, por lo que la consecuencia sería, en el caso de que no hubiera readmisión, una indemnización de 33 días por año de servicio en vez de 20 días del despido objetivo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria mantiene que no parece que esta interpretación sea la más correcta por varias razones. Según sostiene Aparicio Tovar, en nuestro derecho no existe el despido sin causa, que es lo que ocurriría en el supuesto que estamos analizando. No se trata de una causa insuficiente o incorrectamente alegada, sino que las ausencias justificadas por enfermedad han sido expulsadas de nuestro OJ como causa de despido. En definitiva, se trata de un despido que afecta a derechos fundamentales, en concreto al derecho a la vida y a la prohibición de discriminación. Por todo ello el acto de despido por esta causa debe ser calificado como nulo, pues compromete la salud y la vida de las personas trabajadoras. También debe tenerse en cuenta que el art.6 del Convenio 158 OIT establece que la ausencia temporal del trabajo por lesión o enfermedad no debe ser causa para terminar una relación de trabajo.

En la misma línea se mantiene Baylos Grau al entender que con la desaparición de esta causa de despido el acto empresarial carece de licitud y el despido puede ser considerado como un comportamiento discriminatorio o que vulnera derechos fundamentales. De hecho, así lo ha denunciado Molina Navarrete como la “cosificación del estado de salud”. A partir de la derogación del art.52 d) ET el despido por absentismo justificado es un despido disciplinario, que castiga una conducta por lo que debe ser calificado como nulo.

La solución habría sido que el RDL 4 /2020 hubiese incluido el despido por enfermedad entre los despidos prohibidos, ofreciendo de esta forma una solución más clara al no generar ninguna duda.

Examinados los motivos por los que el Ejecutivo considera necesaria la derogación del art.52 d) ET pasa a justificar la utilización del decreto-ley como técnica normativa para abordar esta reforma. Respecto a los límites materiales que vienen impuestos por el art.86 CE entiende que han sido respetados, puesto que la materia objeto de modificación no afecta a la regulación de los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I. En concreto, el Decreto- ley 4/2020 no afecta al derecho al trabajo reconocido en el art.35 CE ni a la libertad de empresa del art.38 CE. El despido objetivo por falta de asistencia que aparece regulado en el art.52 d) ET no forma parte del contenido esencial de estos derechos.

Respecto al supuesto habilitante exigido por la Constitución Española de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno establece una serie de motivos objetivos y de oportunidad política que justifican dicha intervención. En primer lugar, se fundamenta en la necesidad de que se cumpla, como parte de nuestro ordenamiento jurídico, la Directiva 2000/78/ CE del Consejo de 27 de noviembre del 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como en la necesidad de que se interprete conforme al pronunciamiento del TJUE que solo admite la aplicación del art.52 d) ET bajo los principios de adecuación y proporcionalidad. En definitiva, dar cumplimiento a los compromisos europeos. En segundo lugar, justifica la necesidad de derogar este artículo en base al principio de seguridad jurídica reconocido en nuestra Constitución a fin de evitar resoluciones judiciales contradictorias entre sí a nivel interno o contrarias a la normativa y jurisprudencia europeas. Por último, en tercer lugar, la modificación pretende evitar las discriminaciones directas o indirectas que se puedan producir respecto a aquellos colectivos que son especialmente vulnerables y que se encuentran en riesgo de exclusión profesional y social.

En el texto normativo que estamos analizando se constata que por los motivos expuestos se excluye cualquier arbitrariedad o uso abusivo en la utilización de esta disposición legislativa. Se ha utilizado esta técnica prevista en la Constitución a fin de llevar a cabo la derogación del precepto cuestionado en un plazo más corto del que está previsto para la modificación de las leyes, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del art.86 CE⁴⁸. El hecho de que se pretenda derogar un precepto cuya modificación tuvo lugar en el año 2012 no es impedimento, dado que concurren las causas que lo justifican.

Por tanto la intervención gubernativa por la que se deroga el art.52 d) ET pretende eliminar, con carácter urgente, todas aquellas situaciones que como consecuencia de este precepto dan lugar al incumplimiento de la normativa europea, a la falta de interpretación de la jurisprudencia del TJUE, a la inseguridad jurídica de la ciudadanía y a las

⁴⁸ Art. 86.2 CE “Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado el efecto si no estuviera reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación para lo cual el Reglamento establecerá un pronunciamiento especial y sumario.

discriminaciones directas o indirectas por razón de discapacidad o género que se puedan producir.

Con la derogación de esta norma queda eliminada de nuestro OJ la causa de despido basada en ausencias, aún justificadas pero intermitentes de la persona trabajadora cuando alcanzaban los porcentajes determinados por la ley y que intimidaba a los mismos en caso de enfermedades de corta duración ante el temor de ser despedidos, comprometiendo de esta forma derechos fundamentales del trabajador. Las faltas de asistencia al trabajo por enfermedad no pueden constituir una causa que justifique la terminación de la relación laboral por lo que esta causa extintiva no cumplía con los requisitos del término “justa”, contraviniendo el art.6.1 del Convenio 158 de la OIT, los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT y el art.3 de la Carta Social Europea. En definitiva se intentan evitar situaciones de discriminación y el restablecimiento de derechos fundamentales que se habían visto afectados.



CONCLUSIONES

En este apartado vamos a efectuar una serie de consideraciones tras el desarrollo del trabajo.

PRIMERA.-El despido objetivo por absentismo laboral regulado en el art.52 d) ET ha formado parte de nuestro ordenamiento jurídico desde hace décadas, pero es sin duda la reforma laboral del 2012 una de las más polémicas y comprometidas que se han llevado a cabo en el ámbito laboral.

La modificación del art.52 d) ET en el año 2012, suprimiendo el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo, supuso la eliminación del requisito que aportaba proporcionalidad, convirtiendo esta causa extintiva en una sanción al permitir el despido de una persona trabajadora por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas por enfermedad. Este hecho es contrario a las normas internacionales, ya que el precepto carece de mecanismos que tengan en cuenta la adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva en relación con la situación de la empresa para evaluar el supuesto concreto.

La grave situación económica y de empleo generada por la crisis económica de nuestro país sirvió al legislador para justificar dicha reforma al entender que su finalidad era la defensa de la productividad y la eficiencia en el trabajo, combatir el absentismo laboral y no cargar al empresario con excesivos costes generados por las ausencias derivadas de enfermedades de corta duración, entendiendo que no se producirían situaciones injustas al excluir del cómputo determinadas faltas de asistencia enumeradas expresamente. No obstante, esta reforma ha supuesto un evidente retroceso en el campo de los derechos fundamentales.

SEGUNDA.- El despido objetivo por absentismo laboral regulado en el art.52 d) ET también ha sido objeto de un control constitucional. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre este precepto por vulneración de los derechos a la integridad física y moral (art.15 CE), a la protección de la salud (art.43 CE) y al trabajo (art.35 CE). La STC 118/2019, de 16 de octubre, que declara la constitucionalidad de la norma, aun con la emisión de cuatro votos particulares discrepantes, no es bien acogida por muchos sectores de la sociedad. Ante la colisión de derechos, y previo estudio del contenido esencial de los mismos, el TC entiende que el art.52 d) ET no vulnera el derecho a la integridad física y moral, al no generar un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores despedidos al amparo de esta causa extintiva, ni tampoco vulnera el derecho a la protección de la salud al no incidir en el régimen de acceso y contenido de la asistencia sanitaria de las personas trabajadoras. El TC admite que el legislador ha establecido unos límites al derecho al trabajo, que están justificados por una

finalidad legítima consistente en evitar el incremento de costes empresariales que suponen las ausencias al trabajo, lo cual se fundamenta constitucionalmente en la libertad de empresa y la defensa de la productividad reconocida en el art. 38 CE. Ante esta colisión de derechos ha hecho prevalecer la libertad de empresa sobre los derechos mencionados anteriormente, reconocidos en el Título I de la CE.

A lo largo del trabajo hemos observado que la libertad de empresa, fundamento constitucional que ha legitimado el contenido del art.52 d) ET, se ha impuesto sobre el derecho a la protección de la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la integridad física y moral, cuando entendemos que debería ser el empresario el que ha de velar por la salud de los trabajadores, puesto que un buen ambiente laboral aumentará la productividad, mejorará la eficiencia en el trabajo y el rendimiento alcanzará mayores porcentajes. Así, el trabajador no se verá coaccionado por parte de la empresa cuando, por circunstancias ajenas a su voluntad, como es el caso de una enfermedad, deba ausentarse de su puesto de trabajo por temor a ver extinguida su relación laboral y verse privado de la remuneración necesaria para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Es conocido por todos que aquellas empresas nacionales que se preocupan por la salud y la seguridad de sus trabajadores, fomentando incluso medidas para la conciliación personal, familiar y laboral, generan un clima de bienestar favoreciendo a ambas partes y en definitiva a la buena marcha de la actividad empresarial.

TERCERA.- El absentismo laboral se vincula, en ocasiones, con una presunción de fraude. Si bien podría existir fraude en ausencias, aún justificadas e intermitentes, por parte de las personas trabajadoras, es cierto que existen personas que padecen enfermedades crónicas o derivadas de discapacidad que les obliga a tener ausencias de corta duración plenamente justificadas, sin que estas puedan calificarse de fraudulentas, siendo por el contrario sujetos de discriminación al existir una diferencia de trato respecto a ellos. Sería deseable que tales conductas fraudulentas fueran sancionadas mediante mecanismos que en ningún caso traspasen los límites establecidos por el contenido esencial de los derechos.

El TJUE resuelve una cuestión prejudicial acerca de la adecuación del contenido del art.52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, mediante sentencia de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16, Ruiz Conejero). Entiende que partiendo de una finalidad legítima, consistente en combatir el absentismo laboral, como manifestación del derecho de libertad de empresa, debe ser el órgano judicial nacional el que deba valorar si los medios no van más allá de alcanzar dicho fin. Sin embargo, este pronunciamiento considerado por la doctrina como impreciso y poco concluyente, estimamos que ha sido utilizado como argumento fundamental en la derogación de la norma por el RDL 4/20, de 18 de febrero, al establecer la inadecuación del precepto a la Directiva dado que puede constituir una discriminación por razón de discapacidad, salvo que hayan cauces de control de adecuación y proporcionalidad, mecanismos que no existen en una norma que se aplica de forma automática cuando se alcanzan los porcentajes exigidos legalmente.

CUARTA.- El voto particular emitido por la magistrada Doña María Luisa Balaguer Callejón pone de manifiesto que el art.52 d) ET incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo, que no ha sido apreciada por el TC, a pesar de ser una realidad social evidente y tratada por la doctrina de forma reciente. En efecto, el TC no ha tenido en cuenta la perspectiva de género en su sentencia y se ha limitado a abordar la posible inconstitucionalidad del art.52 d) en relación con los arts.15, 35.1 y 43.1 CE, y ello a pesar de que la discriminación indirecta por razón de sexo se encuentra recogida expresamente tanto a nivel europeo como a nivel interno, en concreto en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Son esclarecedores los datos estadísticos ofrecidos por el INE y otros estudios oficiales para llegar a la conclusión de que el art.52 d) ET implica una discriminación indirecta por razón de sexo, pese a ser una disposición aparentemente neutra, al producir una desventaja en la mujer con respecto al hombre, desigualdad que no se puede justificar por ninguna finalidad legítima. A pesar de haberse llevado a cabo una importante evolución social, el colectivo de mujeres continua sufriendo en mayor medida que los hombres la carga de una doble jornada, laboral y familiar, que conlleva una mayor dedicación al cuidado de hijos, discapacitados y dependientes, que unido a su jornada laboral supone una merma sobre su salud, influyendo todo ello de forma negativa en su actividad laboral. Estas circunstancias dan lugar a que la mujer sea más susceptible de causar bajas de corta duración que provocan el despido objetivo por ausencias intermitentes en el trabajo, siendo evidente su mayor vulnerabilidad.

QUINTA.- La doctrina científica ha realizado una importante labor crítica en relación a la STC 118/2019, de 16 de octubre, no siendo bien acogido el pronunciamiento que hace prevalecer la libertad de empresa sobre la salud y el derecho al trabajo. El despido por causas objetivas ha sido considerado como un despido presuntamente disciplinario en el que se castiga a aquellos trabajadores que padecen una enfermedad, presumiendo su culpabilidad. Se ha sustituido “la justa causa” por “causa objetiva”, siendo injusto que la causa de un despido sean ausencias justificadas por enfermedad.

El punto fundamental objeto de crítica respecto al contenido de la sentencia se centra en el polémico debate del equilibrio existente entre los intereses productivos empresariales y los derechos de los trabajadores, esto es, si el daño provocado es proporcional a la finalidad perseguida. Las ausencias de un trabajador no suponen un impacto real en la productividad, por lo que la finalidad perseguida por el legislador en el art.52 d) ET no se alcanza mediante medios proporcionados, sino que van más allá del fin propuesto y, en todo caso, este objetivo no se puede alcanzar a costa del derecho a la integridad física y moral, el derecho a la protección de la salud y el derecho al trabajo, dado que como dice la doctrina científica son valores constitucionales superiores a la libertad de empresa y a la defensa de la productividad.

La doctrina llega a la conclusión de que la sentencia no se ajusta a los tratados y convenios internacionales, pues conforme al art. 6.1. del Convenio 158 OIT la ausencia temporal en el trabajo por causa de enfermedad no puede constituir una causa que justifique la terminación de una relación laboral; por otra parte, además de añadir que no se ha llevado a cabo un análisis de si la causa es justa o no destaca la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, que no ha sido apreciada por el TC.

Se destaca, igualmente, que las limitaciones de un derecho deben ser constitucionalmente justificadas, lícitas y proporcionadas. El TC al ponderar los derechos en conflicto se ha alejado de los valores constitucionales esenciales que deben inspirar cualquier limitación de derechos.

SEXTA.- Tras declarar el TC la constitucionalidad del art.52 d) ET y antes de su derogación mediante RD 4/2020, de 18 de febrero, se dicta la STSJ 274/20 de Cataluña, de 17 de enero, de obligada mención dado que su fundamentación constituye un hito que marca una nueva línea de argumentación jurídica.

Por su parte, la sentencia del TSJ de Cataluña, además de compartir el fundamento de la perspectiva de género del mencionado voto particular, establece la diferencia entre el control de constitucionalidad, llevado a cabo por el TC, y el control de convencionalidad atribuido al juez ordinario al que le corresponde seleccionar la norma aplicable al caso concreto. El órgano judicial, sometido al imperio de la ley, a la hora de realizar el juicio de aplicabilidad de la norma declara inaplicable el art.52 d) ET por ser contrario a la normativa de derecho internacional, y ello en virtud del principio de jerarquía normativa. Existe una compatibilidad en el ejercicio de ambos controles, ya que son ejercidos por distintos órganos competentes. A pesar de que el TC haya declarado la constitucionalidad del art.52d) ET, y haya superado la norma el control de constitucionalidad, ello no impide que el TSJ pueda dejar el precepto inaplicado, en virtud del ejercicio de un control de convencionalidad, sin que ello suponga contradicción alguna entre la doctrina constitucional y judicial. Corresponde exclusivamente al juez ordinario la función de seleccionar la norma aplicable al supuesto, como deber de la función jurisdiccional que ejerce. Aparentemente puede resultar paradójico que una norma que forma parte de nuestro OJ y que haya sido declarada expresamente constitucional por el máximo órgano intérprete de la Constitución Española pueda resultar inaplicada, aunque no excluida, por un juez ordinario al contravenir la normativa internacional, máxime cuando se trata de normas laborales que tienen un carácter especialmente protector. El órgano judicial está obligado a realizar un juicio de aplicabilidad y es por ello por lo que el TSJ de Cataluña ha declarado que el despido por causa de ausencias intermitentes, derivadas de enfermedad común es contrario a los tratados y convenios internacionales ratificados por España, en especial, a los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, al art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT y al art. 3 de la Carta Social Europea, dejando sin aplicar al caso concreto el art.52.d)ET.

Resulta cuanto menos llamativo que un ciudadano deba acudir a las garantías proporcionadas por las normas internacionales, establecidas como mínimos, encontrando en ellas una mayor protección y defensa de sus derechos que en la normativa interna que emana del Estado del que es miembro y al que pertenece como ciudadano.

SÉPTIMA.- Con la derogación del art.52 d) ET por el RDL 4/20, de 18 de febrero, se pone fin a un capítulo de polémicas y controversias, y ello a fin de eliminar la inseguridad jurídica y la discriminación directa e indirecta de colectivos especialmente vulnerables.

La actual situación de crisis sanitaria provocada por el COVID-19 nos está permitiendo comprobar que es posible desempeñar la actividad laboral mediante el teletrabajo. Las

nuevas tecnologías han conseguido que no siempre sea necesario el “presentismo” laboral, por lo que corresponderá a los poderes públicos incentivar modelos productivos en los que no se precise la asistencia física del trabajador. En supuestos de enfermedades de corta duración o circunstancias familiares o personales en los que la persona trabajadora se ve impedida de acudir al trabajo podría desarrollar su actividad laboral sin necesidad de asistir al centro de trabajo, siempre que lo permitan las condiciones, lo que en definitiva supondría una reducción del absentismo laboral. Esta posibilidad implicaría una serie de consecuencias positivas para todos los sectores; para la empresa mantener sus objetivos y productividad, y para el trabajador el hecho de poder conciliar el derecho al trabajo con su vida personal y familiar, propuesta que favorecería, igualmente, a los colectivos más vulnerables y, en especial, al de las mujeres, al ser uno de los más afectados.



BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Conde, Enrique, Tur Ausina Rosario, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016.

Aparicio Tovar, Joaquín, “La derogación del art.52 d) ET conlleva la nulidad del despido que invoque aquella causa”.

<https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/derogacion-art52d-estatutotrabajadores-despidonulo-laboral-trabajo/20200227124219171529.html>

Arias Dominguez, A, *Absentismo laboral*. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

Baylos Grau, Antonio, “¿ Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52 d) del ET?”

<https://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/laboral-despidonulo-ccoo-ugt-improcedente-despidoporenfermedad-derogacion-art52d-estatutotrabajadores/20200225>

Beltrán de Heredia Ruiz, Ignacio “Art.52 d) ET: ¿ la intermitencia de las faltas de asistencia no es siempre exigible? (STS 7.5.15)”, 2015.

<http://ignasibeltran.com/2015/06/15/art-52-d-et-la-intermitencia-de-las-faltas-de-asistencia-no-es-siempre-exigible-sts-7-5-15/>.

Borrajo Dacruz, Efrén, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*

Comentario del profesor C.Molina a los olvidos y deficiencias del RDL.- “Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal

<https://www.laboral-social.com/adioa-despido-absentismo-justificado-rdl-4-2020.html>

Calabuig Puig, María Amparo, “Sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº22, 2013,pp.343-370

Díaz de Atauri, Pablo Gimeno “Absentismo, Productividad y Tribunal Constitucional”. (I, Y II). Foro de Labos 5/11/2019.

El derecho al trabajo frente a la libertad de empresa.
<http://uvadoc.uva.es/handle/10324/13070>

Fernández Vega, José y Mariscal de Gante y Mirón, Jaime, Diccionario de la Constitución, Planeta.1983, pp. 113-130

Forcadell Escouffier, Albert y Navarro Díaz Cristian, “Compatibilidad del control de convencionalidad con la superación del control de constitucionalidad”, comentario de la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, que declara la inaplicabilidad del art. 52 d) T durante el periodo de vigencia anterior a su derogación. IUSLabor 1/2020, pp.141-156

Gómez Salado, Miguel Ángel, “Algunas Cuestiones interpretativas sobre la aplicación del párrafo primero del art.52 d) ET: a vueltas con el despido objetivo por absentismo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* 220/2019, Editorial Aranzadi S.A.U., 2019.

Guindo Morales, Sara y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel, “Configuración y régimen jurídico de las faltas de asistencia al trabajo como motivo de extinción del contrato tras las últimas reformas laborales: problemática actual y propuestas de mejora”. *Revista de información laboral* 12/2018. Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

Molina Navarrete, Cristobal, “Comentario del profesor Molina Navarrete a la STSJ de Cataluña 274/2020”.

En <https://www.laboral-social.com>

Monereo Pérez, José Luis y Guindo Morales, Sara “Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista de jurisprudencia laboral* 7/2019.

Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017, p.491.

Moreno Gené, Josep, Comentario analizado: “La inaplicación de la reforma del despido por absentismo del trabajador a ausencias anteriores a su entrada en vigor”. *Revista de información laboral* 8/2018. Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, vLex. pp. 267-302

Sinopsis art. 35, Constitución Española, Congreso de los Diputados.

En <https://app.congreso.es>

Sagardoy Bengoechea, “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, vLex. pp.: 571-598

Vivas Tesón Inmaculada “La horizontalidad de los derechos fundamentales”. pp. 205-213.

En <https://dialnet.uniroja.es>.

JURISPRUDENCIA

STC 118/2019 del 16 de octubre de 2019

STC 18/2011 de 3 de marzo

STS, Sala de lo Social 3406-2004, 26/7/2005

STC 125/2018 de 26 de noviembre del 2018.

STC 189/1993 de 14 junio de 1993

STC 177/1988 de 10 de octubre

STS Sala 4ª Sección Primera Recurso 1360/2013

STS Sala 4ª Sección Primera Recurso 790/2013.

TSJ Cataluña Sala de lo Social, STA 274/2020, 17 de enero.

STC 18/1984 de 7 de febrero

STC 22/1984 de 17 de febrero

STC 22/1981 de 2 de julio

STC 83/1984 de 24 de julio

STC 119/2014 de 16 de julio

STC 11/1981 de 8 de abril

STC 115/2013 de 9 de mayo
STSJ de Castilla- La Mancha 553/2019, de 10 de abril
STSJ de Galicia 7384/2015, de 22 de diciembre
STS 316/2018 de 19 de marzo
STS 469/2019, 4 de febrero
STSJ de Castilla y León 242/2019, de 6 de junio
STS 3580/2017, de 21 de septiembre
STC 8/2015 de 22 de enero
STC 37/1987 de 26 de marzo
STC 49/1988 de 22 de marzo,
STJUE 18 de enero 2018. Asunto C- 270/16 Ruiz Conejero
STC 215/1994 de 14 de julio
STC 138/2018 de 17 de diciembre
STC 32/2019 de 28 de febrero
STC 220/2005 de 12 de septiembre
STC 160/2007 de 2 de julio
STC 119/2001 de 24 de mayo
STC 5/2002 de 14 de enero
STC 192/2003 de 27 de octubre
STC 221/2002 25 de noviembre
STC 145/1991 de 1 de julio
STC 91/2019 de 3 de julio
STS de 7 de mayo 2015
STS 316/2018, 19 de marzo
STS 9 de diciembre del 2010
STC 26 de julio del 2005

Agradecimiento

Mi sincero agradecimiento a Nuria Reche Tello, tutora y directora del presente Trabajo de Fin de Grado, que con sus consejos y apoyo me ha guiado para mejorar, incentivándome para superarme día a día.

