

El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las  
empresas de las “bajas laborales”  
(A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE 20  
noviembre)

The support of the Constitutional Court for indirect control by the  
companies of the “work leave”  
(Regarding the STC 118/2019, of October 16, BOE November 20)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
DIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM  
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE MURCIA  
SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM  
SECRETARIO GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

[Entre las condiciones mínimas de una vida digna es preciso] *Que se den las bases sociales del autorrespeto y la no humillación; ser tratado como un ser dotado de dignidad e igual valor que los demás. Eso implica introducir disposiciones contrarias a la discriminación...*

M.C. NUSSBAUM<sup>1</sup>.

En nuestra editorial del número 17 de esta Revista (4.º cuatrimestre de 2018) titulado “*Las incapacidades laborales en el punto de mira de la administración de la seguridad social: entre exigencias “control” y necesidad ineludible de “razonalización integral” de su tratamiento jurídico*”, hacíamos una valoración del *Plan de intensificación de la actuación del Instituto Nacional de la Seguridad Social para reforzar el control de los procesos por incapacidad temporal antes de que alcancen los 345 días de duración*. Y advertíamos de que el problema en la gestión y control de la IT no era nuevo, ni tampoco los constantes y reiterados intentos en su control; otra cosa era la valoración que nos puedan merecer los mismos en orden a su eficacia. Por lo demás, desde un punto de vista crítico, se advertía de la pervivencia de una marcada obsesión por el control de los sujetos protegidos más que en la mejora de las técnicas de protección de las situaciones objeto de tutela a través de la IT y la

<sup>1</sup> NUSSBAUM, M. C.: *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Ed. Paidós, 2007, págs. 88-89.

necesaria reorganización del régimen jurídico de esta prestación (Asimismo, B.M. López Insua, 2015). Y prueba de ello eran los constantes iniciativas y medidas tendentes a su control: recortando la cuantía de la prestación<sup>2</sup>; limitando el acceso a la situación de incapacidad temporal<sup>3</sup>; modificando su duración<sup>4</sup>; derivando o favoreciendo la gestión a colaboradores con la Seguridad Social<sup>5</sup>; trasladando responsabilidades en la prestación económica a las empresas<sup>6</sup>; incrementando progresivamente las competencias del INSS<sup>7</sup>; favoreciendo y promocionando la colaboración entre administraciones y entes gestores de la prestación de asistencia sanitaria<sup>8</sup>; y normando nuevas contingencias que eviten el uso desviado de la incapacidad temporal<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Ley 66/1997, Ley 24/2001 y Ley 40/2007 (reformando el art. 222 LGSS para controlar la concatenación de situaciones IT/Desempleo/IT); y RD-Ley 20/2012 (límites/reducciones en la mejora voluntaria de la IT de los empleados públicos).

<sup>3</sup> Ley 30/2005 (competencia exclusiva del INSS en las nuevas bajas por recaídas tras los 12-18 meses); y Ley 22/2013 (limitaciones para nuevas bajas por recaídas en altas médicas acordadas por el INSS).

<sup>4</sup> Ley 42/1994 (desaparece la Invalidez Provisional, cambio de denominación ILT/IT y separación de la maternidad como causa de IT; Ley 66/1997 (modificación del art. 131 bis ap. 3º de la LGSS/1994); Ley 24/2001 (extinción por incomparecencia injustificada a convocatorias a exámenes y reconocimientos médicos); Ley 40/2007 (eliminación de las denominadas altas médicas a los simples efectos económicos; regulación de impugnación de altas médicas (determinadas) y posibilidad de retrasar la calificación de la IT tras los 18 meses); Ley 22/2013 (nueva modificación del art. 131 bis LGSS/1994); RD 625/2014 (regulación de las consecuencias de las incomparecencias a reconocimientos, citaciones, etc.); y Ley 36/2014 (modificación del art. 131 bis LGSS/1994).

<sup>5</sup> Ley 28/1992 (favoreciendo la colaboración voluntaria de las empresas); Ley 22/1993 (permitiendo con carácter general la opción de cobertura por Mutua o INSS, al suprimir la reserva de aseguramiento en favor del INSS); Ley 42/1994 (opción única a favor de Mutuas para determinados colectivos); Ley 52/2003 (nueva redacción del art. 68 y D.ª 11 LGSS/1994).

<sup>6</sup> Ley 28/1992 (responsabilidad del empresario en el subsidio entre los días 4-15 de la baja).

<sup>7</sup> RD 1300/1995 (competencias del EVI. Competencias para determinar la prórroga de la IT); RD 575/1997 (regulación de las denominadas intenciones de alta); RD 1117/1988 (introduciendo una modalidad de alta "a los simples efectos económicos"); RD 1299/2006 (reserva de calificación a la entidad gestora de las enfermedades profesionales y obligación de comunicación de los facultativos del SPS de sospechas de EP; RD 1430/2007 (desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007); Ley 35/2010 (introduce una DA. 52ª LGSS por la que se reconoce a los inspectores médicos del INSS/ISM de las mismas competencias que los inspectores médicos de los SPS); RD 625/2014 (normas relativas a la determinación de la contingencia, etc.).

<sup>8</sup> Por medio de:

- A) Convenios plurianuales con las Comunidades Autónomas (y en su caso con el INGESA) específicos para el estudio de la incapacidad temporal de determinadas patologías; de gestión racional de la IT utilizando criterios sanitarios; para el establecimiento de sistemas informáticos de intercomunicación de las administraciones para gestionar los procesos de IT; y de gestión de mejora de la IT y estudio de los comportamientos de los procesos de corta duración (Los correspondientes a los períodos 2017-2020 (para todas las CC. AA excepto Navarra, País Vasco y Cataluña) fueron aprobados por Resolución de 16 de octubre de 2017 de la Secretaría General Técnica del MEYSS y publicados en los BOES correspondientes a los días 8, 24, 25 de noviembre y 14 de diciembre de 2018 del día 8).
- B) Convenios para acceso a las historias clínicas de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (Véanse BOE 2 de noviembre de 2017, que recoge el convenio INSS y Mutua UNIVERSAL MUGENAT; BOE 8 de enero de 2018 entre INSS y Mutua IBERMUTUAMUR; BOE 21 de mayo de 2018 entre INSS y Mutua ASEPEYO; BOE 28 de julio de 2018 entre INSS y Mutua FRATERNIDAD-MUPRESA).
- C) Obligaciones recíprocas de suministro de información entre entidades gestoras y colaboradoras.
- D) Facultando a las Mutuas para que puedan llevar a cabo pruebas diagnósticas, tratamientos, etc. en procesos derivados de contingencias comunes.
- E) Elaboración y fomento de uso de guías de tiempos estándar hoy sustituidas por la de tiempos óptimos de los procesos de IT de obligado seguimiento.

<sup>9</sup> Aquí podría señalarle las situaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y el cuidado de hijo enfermo de cáncer u otra enfermedad grave.

Junto a las anteriores medidas también se hacía referencia a otras favorecedoras de una implicación preventiva de situaciones de incapacidad temporal como los incentivos a la colaboración empresarial<sup>10</sup> y la posibilidad del uso de medidas disciplinarias y extintivas de la relación laboral como el cómputo de índices de absentismo favoreciendo o facilitando el despido objetivo en situaciones de incapacidad temporal<sup>11</sup>. Y a propósito de esta última medida acaba de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional. Aunque es de esperar aportaciones doctrinales sobre la misma y que esperamos darle cabida en la revista, parece oportuno por su trascendencia, que desde la dirección de la misma se haga un breve análisis de ella.

La sentencia del TC da respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social. Lo cuestionado o controvertido podría resumirse así:

**Primero.** El Juez de lo Social se planteó *“la posible contradicción del precepto legal cuestionado con los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), valorando que la regulación legal del despido objetivo por absentismo podría condicionar el comportamiento de los trabajadores que, ante el temor de perder su puesto de trabajo, pudieran orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto y asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso puede complicar la evolución de su enfermedad”*, y que *“al haber prescindido la actual regulación del índice colectivo de absentismo, difícilmente puede justificarse la previsión legal en el interés empresarial de defender la productividad*.

La cuestión de inconstitucionalidad se formuló por posible vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 de la Constitución Española, respecto del art. 52. D) del Estatuto de los Trabajadores.

**Segundo.** Los concretos datos fácticos tomados en consideración y no controvertidos fueron los siguientes:

A) Resulta que se habían superado los porcentajes de bajas justificadas de asistencia al trabajo (art. 52 d ET) por parte de una trabajadora que prestaba sus servicios en el sector de la atención telefónica, en un período de dos meses continuos y dentro de un período de doce meses. Concretamente en los meses de abril y mayo de 2017 había faltado nueve días de los cuarenta hábiles a efectos laborales (22,50 %), y durante los doce meses en los que se incluye este período bimensual las ausencias habían sido de dieciséis (7,84 %).

B) Siendo, en detalle, los períodos de IT, lo siguientes:

-En dos meses continuos (abril/mayo, 22,50%):

- a) De 11-4 a 14-4-2016: 3 días hábiles.
- b) De 16-4 a 21-4-2016: 4 días hábiles.

<sup>10</sup> Reducción de aportaciones empresariales por traslados a puestos de trabajo exentos de riesgo, RD. 1430/2009, y sistema de incentivos a la cotización *“bonus-bonus versus bonus-malus”*, RD 404/2010);

<sup>11</sup> Nos referimos a las reformas laborales articuladas por la Ley 35/2010 y RD-Ley 3/2012.

- c) De 11-5-2016: 1 día hábil.
- d) De 13 al 17-5-2016: 1 día hábil

-En el cómputo de los doce meses anteriores (7,84%):

- a) De 3 a 11-3-2016: 2 días hábiles.
- b) De 23-3 a 24-3-2016: 2 días hábiles.
- c) De 7-6 a 9-6-2016: 2 días hábiles.
- d) De 14-7-2016: 1 día hábil.

**Tercero.** El debate planteado por el juzgador.

El planteamiento de juez de lo social gira en torno a: Si existe una contradicción del precepto legal cuestionado (art. 54. d) ET) con los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), valorando que la regulación legal del despido objetivo por absentismo podría condicionar el comportamiento de los trabajadores que, ante el temor de perder su puesto de trabajo, pudieran orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto y asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso puede complicar la evolución de su enfermedad”, y que “al haber prescindido la actual regulación del índice colectivo de absentismo, difícilmente puede justificarse la previsión legal en el interés empresarial de defender la productividad. En definitiva, la cuestión de inconstitucionalidad se formula por posible vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 de la Constitución Española, respecto del art. 52. d ET.

**Cuarto.** Lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

El TC, con carácter previo recuerda o puntualiza lo siguiente:

- Que el art. 52 d) ET responde a un objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador<sup>12</sup> (véase el art. 38 de la CE).
- Que, como plantea el juez de lo social, existe una cierta conexión entre el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la protección a la salud (art. 43.1 CE).

Y sobre las concretas hipotéticas contradicciones del art. 52. d), del ET, lo siguiente:

A) Sobre la vulneración del art. 15 de la CE

---

<sup>12</sup> Art. 38 CE, sobre la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Se cita también la STJUE 18-1-2018, C-270/2016.

El art. 52. d) ET no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptar el empresario, abonando la indemnización correspondiente pues debe tenerse en cuenta las limitaciones previstas para ello<sup>13</sup>.

### **B) Sobre la vulneración del art. 43.1 CE**

**Se entiende que** el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad y la protección de la salud y seguridad de los trabajadores<sup>14</sup>.

### **C) Sobre la contradicción entre el art. 52 d) ET y el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE:**

El TC razona que si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima la protección a la libertad de empresa y la defensa de la productividad<sup>15</sup>.

Como se puede adivinar la cuestión de inconstitucionalidad fue rechazada.

**Quinto.** El fallo no fue unánime y hubo cuatro votos en contra (con formulación de votos particulares) que merecen ser reseñados<sup>16</sup>.

En uno de los votos particulares se llega entender que hay una clara vulneración del derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 CES<sup>17</sup>. Se razona que “...por legítimo que sea el objetivo de combatir el absentismo, el establecimiento de un *régimen de causalidad extintiva ligado a él debe respetar el contenido esencial del art. 35.1 CE, sin que enunciar la propia legitimidad de la vocación de actuar contra aquel sea suficiente para justificar el límite al derecho constitucional que nos ocupa, o la objetivación de un régimen jurídico con determinadas excepciones. Aquí no se cuestionan las excepciones reguladas sino aquella que se controvierte y no está contenida en la norma, pese a tratarse de estados de enfermedad justificados y ajenos a la voluntad del trabajador [faltas de asistencia «aun justificadas» dice el artículo 52.d) ET].* A juicio del autor del voto particular el debate, debería de haber girado en torno a si la exclusión de las enfermedades cortas e intermitentes y justificadas son o no compatibles con el art. 35 CE en tanto en cuanto se justifican como causa justa extintiva, y sobre ello no se ha razonado directamente. Por otro lado, tampoco se

<sup>13</sup> Las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. O las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

<sup>14</sup> E insiste en el importante elenco de excepciones a la aplicación del cómputo de faltas de asistencia.

<sup>15</sup> Y sigue insistiendo en las numerosas excepciones que evitan el cómputo como faltas de asistencia.

<sup>16</sup> De los magistrados M. Luisa Balaguer Callejón (con adhesión al mismo del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos) y Fernando Valdés Dal-Re (con adhesión del magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón).

<sup>17</sup> El formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Re.

está conforme con la invocación del art. 38 CE como fundamento de tal limitación que sufre el derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 de la CE. Y ello porque el art. 38 CE lo que protege es la actividad económica en el mercado y no cualquier elemento que pueda tener una incidencia derivada en la empresa. Por ello –se entiende– “... que, si hay justificación de las ausencias y está en peligro el estado de salud, el despido por esa causa segregada, disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado solo en la existencia misma de la enfermedad. Y no puede haber causa justa en semejante escenario, contrario a la protección de la salud bajo amenaza de no mantenimiento del puesto de trabajo. Hay, por tanto, inconstitucionalidad por omisión, por lesión del art. 35.1 CE al carecer la medida de justa causa ...”.

El otro voto particular<sup>18</sup> participando de la argumentaciones del anterior pone énfasis en lo siguiente: a) Que el precepto impugnado da carta de naturaleza a un despido no causal; b) Que el cambio introducido en el art. 52. d) del ET por el RD-Ley 3/2012, excluye los datos de conjunto de los trabajadores y se centra exclusivamente en datos individuales del trabajador afectado, sin que se explique esta concreta modificación y en realidad se admite que de lo que se trata es de los despidos por causas objetiva “... *ya que las empresas tenían dificultad para materializarlos en la redacción anterior, como consecuencia de los criterios garantistas seguidos por los Tribunales en su aplicación*”; c) Que no es asumible que bajo la defensa de la libertad de empresa o de la productividad puedan ser antepuestas al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores; y d) que la norma incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo, con cita de diversos estudios y datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística que lo evidencian.

Pues bien, con independencia de la opinión o posicionamiento que se tenga, a favor de la tesis mayoritaria o bien de la razonada minoritaria, lo cierto es que supone un aval muy peligroso al control indirecto de las situaciones de incapacidad temporal por parte de los empresarios, que bastarán con acreditar esas breves interrupciones de la actividad laboral por enfermedad o accidente no laboral del trabajador para acudir a tan drástico remedio a ese hipotético perjuicio a su libertad de empresa o defensa de su productividad.

En el debate quizás debería de haber estado presente una serie de factores, circunstancias, situaciones, que a lo mejor hubieran llevado a otro planteamiento y solución a lo debatido, como:

-El reconocimiento de una situación de incapacidad temporal (nos centraremos en las derivadas de contingencias comunes) no depende del trabajador afectado, de la empresa o de una Mutua colaboradora con la Seguridad Social; si no de “un tercero”, del servicio público de salud correspondiente, que no se olvide forma parte de la administración pública y que por tanto sirve con objetividad y conforme a los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, objetividad, transparencia, buena fe y confianza legítima –entre otros–<sup>19</sup>. Es una situación involuntaria que además exige una declaración médica que constata la situación del trabajador.

<sup>18</sup> Formulado por la magistrada M. Luisa Balaguer Callejón (con adhesión al mismo del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>19</sup> Art. 3 Ley 40/2015, de 1 de octubre.

-Que, en la gestión y control de las situaciones de incapacidad temporal, una vez declarada, intervienen con plena competencia en dicho control la entidad gestora de la Seguridad Social INSS, cuyo criterio, en orden al mantenimiento o no de tal situación de incapacidad temporal prevalece sobre los del facultativo del servicio público de salud encargado del seguimiento ordinario.

-Que en la declaración y seguimiento de la situación de incapacidad temporal se hacen conforme a unos criterios objetivos que determinan el tiempo óptimo de la duración de la misma en atención a la patología determinante de ella con la aplicación de una serie de factores correctores en atención a la edad, sexo, ocupación y comorbilidad.

-Que la norma reglamentaria que disciplina la declaración, duración y extinción de la incapacidad temporal, el RD 625/2014, de 18 de julio, norma con detalle el seguimiento y control de todo proceso de incapacidad temporal, con las obligaciones a seguir por los beneficiarios y las consecuencias de los incumplimientos de las comparencias de seguimiento.

Dicho lo anterior el problema no está en las bajas cortas e intermitentes que presente un trabajador, más bien en si los procesos de declaración, seguimiento y control son eficaces, pero de ellos no es responsable el trabajador.

Por otro lado, también podría pensarse en la razón que hay para negar a la empresa todo tipo de seguimiento de una situación de incapacidad temporal de un trabajador que se considere abusiva y quede todo a buscar un despido disciplinario en caso de actividades incompatibles durante la situación de baja laboral (con las dificultades de prueba que ello tiene) o bien a la fórmula (con algún coste) del despido objetivo. Si al empresario no se le quiere facilitar ningún medio de control por un hipotético atentado a la intimidad del trabajador, se podría haber optado por admitir la gestión plena de la incapacidad temporal (y no solo de la prestación económica) por parte de las Mutuas colaboradoras, al fin y al cabo, ya lo hacen para las contingencias profesionales.

No se ha querido ni una cosa y otra y puesto que se es consciente de que el control y seguimiento de la incapacidad temporal en los procesos de corta duración no es satisfactorio, se da una salida, despido objetivo.

Por otro lado, no se tiene en cuenta, algo ya apuntado por los votos particulares, la conducta a la que se verán abocados los trabajadores que tengan la desdicha de sufrir patologías leves, no solicitar la baja, con grave peligro de su salud e incluso de compañeros de trabajo y de terceros. O bien, procurar alcanzar la barrera de los veinte días y no reincorporarse antes del fatídico plazo o de buscar alguna otra excepción prevista en la letra d) del art. 52 ET. Sin olvidar la presión que sobre los facultativos habrá evitando que mejoren esos tiempos óptimos de duración, que recordemos son indicativos.

-El art. 52 del ET en general y, la causa d) en particular, debería ser objeto de una profunda reconfiguración jurídica por parte del legislador con la finalidad de solucionar el vigente y relevante problema concerniente a las faltas de asistencia al trabajo por contingencias comunes –enfermedad y accidente no laboral–, aun justificadas, cuya duración sea inferior a veinte días consecutivos –excepto si dichas ausencias obedecen a un

tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave–, pues únicamente se consideran ausencias no computables a efectos del despido objetivo por absentismo laboral, entre otras, las que superen dicho periodo de tiempo y, además, cuya baja laboral haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales (Monereo Pérez/Guindo Morales, 2019).

-En la lógica interna subyacente, la actual la letra d) del art. 52 del ET posee, criticablemente, un carácter cuasi-disciplinario o *presuntamente* disciplinario, puesto que, del tenor literal de la misma se puede inferir la sospecha o presunción de un comportamiento irregular o de fraude por parte de las personas trabajadoras. Lo cual contrasta, paradójicamente, con la lógica jurídica interna *general* del propio art. 52 del ET, que está basada en la existencia de circunstancias objetivas no constitutivas en ningún caso de incumplimientos contractuales del trabajador afectado, por contraposición a la enteramente diversa racionalidad interna del art. 54 del ET. Por lo que, paradójicamente, nos encontramos ante una causa de despido objetivo no objetiva, sino subjetiva (pues subyace un juicio de reproche que sería más propio de una presunción de culpabilidad), puesto que se castiga a los trabajadores que enferman –principal *leitmotiv* de esta causa extintiva de la relación laboral–, aun cuando sus bajas laborales son justificadas. Sin embargo, la solución al absentismo laboral no se encuentra en el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, sino en un mayor control y castigo de las situaciones fraudulentas *individualizadas* de IT de las personas trabajadoras, lo que disuadiría a los trabajadores con tal ánimo.

Igualmente, debido a que el art. 52.d) del ET computa las faltas de asistencia tanto justificadas como injustificadas, resulta ilógico e injusto que se castigue con el despido a un trabajador que tiene una justificación objetiva para no asistir a su puesto de trabajo. Es así que la lista de ausencias al trabajo *no computables* establecida en el párrafo segundo y tercero del art. 52.d) del ET debería incluir, entre otras muchas más, las faltas de asistencia justificadas de los trabajadores enfermos, enfermos crónicos o con enfermedades asimilables a la discapacidad –según esta última categoría, por ser la enfermedad de larga duración, de previsible larga duración o de duración incierta, conforme las últimas y recientes sentencias del TJUE–. Y es que los trabajadores enfermos crónicos (muchos de ellos con perfil de género) o con enfermedades asimilables a la discapacidad tienen más posibilidades de ausentarse de sus puestos de trabajo con respecto a los demás trabajadores y, por ende, más riesgo a que se les aplique la causa d) del art. 52 del ET al acumular más días de baja laboral y, de este modo, alcanzar los umbrales legalmente establecidos (Monereo Pérez/Guindo Morales, 2019).

-En defecto de lo previsto anteriormente, el despido por esta causa objetiva de la relación laboral de trabajadores enfermos, enfermos crónicos o con enfermedades asimilables a la discapacidad, debería calificarse judicialmente de nulo por discriminatorio y vulnerador de derechos fundamentales del trabajador, con el consiguiente efecto jurídico de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios de tramitación. Todo ello, con el fin último de proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la salud y el derecho al trabajo de las personas trabajadoras, valores constitucionales superiores que la libertad de empresa y la defensa de la productividad, motivo por el cual nos sumamos a los votos particulares discrepantes de la presente sentencia objeto de análisis: se vulnera el derecho a la salud (art. 43 CE) y se vulnera el art. 35.1 de la CE (ambos en relación con el canon hermenéutico imperativo ex art. 10.2 CE), al cual es esencial el no ser despido sin justa causa, SSTC 22/1981, de 2 de julio,

FJ 8, y 192/2003, de 27 de octubre, ffº. 4, y atendiendo al artículo 30 (“Protección en caso de despido injustificado”) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y asimismo el art. 52.d) del ET incurre en una doble discriminación: por razón de discapacidad y una discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE; art. 2.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; art. 2.1 b de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación) (Monereo Pérez/Guindo Morales, 2019).

-Por lo demás, y en análisis jurídico de más largo alcance, existe un problema hermenéutico respecto de la incardinación de la “enfermedad” como posible causa de discriminación ex art. 14 de nuestra Norma Fundamental. Como es sabido, el art. 14 CE establece de manera especialmente nítida que “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”. Este artículo de la Constitución contiene una *cláusula general de igualdad y no discriminación* (la literalidad de la norma no ofrece la menor duda al respecto: “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”). Debe tenerse en cuenta que el art. 14 CE es un precepto marcadamente garantista, porque no sólo consagra la igualdad como un principio fundamental del orden constitucional, sino también lo garantiza como un derecho de la persona a no ser tratada desigualmente (Cfr. STC 200/2001, de 4 de octubre). En tal sentido, y pese a respetables criterios doctrinales en contrario, entendemos que la situación de “enfermedad” en el marco de las relaciones laborales puede ser una causa típica de discriminación, cuya tutela efectiva ha de prevalecer frente a meros intereses empresariales fundados en supuestas situaciones de “excesiva onerosidad sobrevenida”, cuando no directamente en el principio de libertad de empresa art. 38 CE como invoca la STC 118/2019, de 16 de octubre, fundamentos jurídicos 5º y 6ª (Pero ya resulta harto significativo que la STC 62/2008, de 26 de mayo, más allá de su resultado final a la vista de las circunstancias concretas del caso y del derecho allí invocado, declaró que el estado de salud del trabajador o, más expresivamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir factores de discriminación análogos a los explícitamente enunciados en el art. 14 CE, encuadrables en la *cláusula genérica* de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en dicho precepto).

Por lo demás, este precepto contiene un mandato de tutela antidiscriminatoria efectiva (“...sin que pueda prevalecer...”). Al respecto, el marco legal vigente se está mostrando insuficiente y deficiente para esa garantía efectiva atendiendo no sólo a la causa “d)”, sino también a la utilización extensiva de la causa “a)” del referido art. 52 del ET, lo cual está suponiendo la materialización de un desequilibrio manifiesto en la ponderación entre la “excesiva onerosidad de las prestaciones” del empresario (cada vez más preeminente en la racionalidad interna de dicho precepto en su interpretación jurisprudencial dominante) y los “derechos fundamentales” de igualdad y salud de los trabajadores que se encuentran en situación de IT por causa justificada de “enfermedad”. En particular, el art. 52.d) del ET como arquetipo de solución ponderada de los bienes jurídicos en conflicto no parece que cumpla con la exigencia de que la desigualdad esté provista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación se aprecie efectivamente en relación a la finalidad y efectos de la medida extintiva considerada, debiendo darse una relación razonable

de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. En este sentido, a nuestro parecer, el art. 52.d) del ET está permitiendo tratamientos desiguales incompatibles con la Constitución y censurables desde la perspectiva constitucional de la tutela antidiscriminatoria ex art. 14 CE (derecho a no sufrir discriminaciones respecto a desigualdades de trato infundadas o sin razón suficiente o desproporcionada).

En definitiva, si los servicios públicos de Salud o la entidad gestora INSS –a lo únicos a los que se les deja el control– son impotentes en el seguimiento de las bajas de corta duración e intermitentes, la solución no pasa por facilitar al empresario tan drástico remedio como es el despido objetivo. Máxime teniendo en cuenta que en principio estas ausencias están justificadas. No se negará aquí el absentismo laboral por bajas laborales, pero hay otras muchas medidas de control tanto positivas (en favor de aquellos no absentistas) como negativas o penalizadoras, si se quiere para el que hace un uso indebido de ellas.

Mientras tanto seguiremos con noticias como esta: *“Primer despido por bajas médicas tras el fallo del Tribunal Constitucional. La multinacional especializada en atención telefónica [...] despide a la presidenta del comité de empresa de su delegación en [...] mediante el art.52 del Estatuto de los Trabajadores [...]”*<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> <http://www.elmundo.es/cataluna/2019/11/07/5dc4046dfdddffcd18b4689.html>, consultado en 28 noviembre de 2019.