

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente, la magistrada doña Encarnación Roca Trías, los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y la Fiscal General del Estado. Ha sido ponente el magistrado don Andrés Ollero Tassara.

I. Antecedentes

1. El día 10 de mayo de 2019 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal oficio del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento núm. 977-2016 que se tramita ante dicho juzgado, el auto de 8 de abril de 2019, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

2. Los antecedentes relevantes en este proceso constitucional son los que a continuación se resumen.

a) Dña. M.E.S.Z. fue despedida por causas objetivas en virtud de lo establecido en el art. 52 d) LET. Según se señala en la carta de despido, las ausencias computadas para proceder a la extinción de su contrato por causas objetivas fueron las siguientes:

-Del 11 de abril de 2016 al 14 de abril de 2016: 4 días (3 días hábiles). Motivo de la ausencia: incapacidad temporal.

-Del 16 de abril de 2016 al 21 de abril de 2016: 6 días (4 días hábiles). Motivo de la ausencia: incapacidad temporal.

-11 de mayo de 2016: 1 día (1 día hábil). Motivo de la ausencia: sin justificar.

-Del 13 de mayo de 2016 al 17 de mayo de 2016: 5 días (1 día hábil). Motivo de la ausencia: incapacidad temporal.

Tomando en consideración lo anterior, la empresa concluye en la carta de despido que la trabajadora se ha ausentado nueve días hábiles de los cuarenta hábiles en los dos meses continuos que se han tenido en cuenta, lo que supone que sus ausencias alcanzan el 22,50 % de las jornadas hábiles del período. Superan, por tanto, el veinte por ciento establecido en el art. 52 d) LET para proceder al despido objetivo. Además, se afirma en la carta que sus ausencias en los doce meses anteriores alcanzan el cinco por ciento de las jornadas hábiles. En concreto las ausencias que se han producido en los últimos doce meses ascienden al 7,84 % y han sido las siguientes:

-Del 10 de marzo de 2016 al 11 de marzo de 2016: 2 días (2 días hábiles).

-Del 23 de marzo de 2016 al 24 de marzo de 2016: 2 días (2 días hábiles).

- Del 11 de abril de 2016 al 14 de abril de 2016: 4 días (3 días hábiles).
- Del 16 de abril de 2016 al 21 de abril de 2016: 6 días (4 días hábiles).
- 11 de mayo de 2016: 1 día (1 día hábil).
- Del 13 de mayo de 2016 al 17 de mayo de 2016: 5 días (1 día hábil).
- Del 7 de junio de 2016 al 9 de junio de 2016: 3 días (2 días hábiles).
- 14 de julio de 2016: 1 día (1 día hábil).

b) La trabajadora interpuso demanda, solicitando que se declarase la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. Sostenía que el art. 52 d) LET vulnera los arts. 14 y 15 CE, porque conlleva una evidente amenaza o coacción hacia el trabajador enfermo, al disuadirle de permanecer en situación de incapacidad temporal por temor a ser despedido; solicitaba por ello el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. También alegaba que no se habían alcanzado las cifras de absentismo que se indican en la carta de despido. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona (procedimiento núm. 977-2016).

c) Concluido el juicio, el juzgado dictó providencia el 4 de mayo de 2018, por la que se acordó conferir el trámite de audiencia a las partes previsto en el art. 35.2 LOTC, para que alegasen lo que estimasen oportuno sobre la conveniencia de elevar cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 52 d) LET, por vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE.

Evacuado el trámite de alegaciones, el juzgado, por auto de 18 de junio de 2018, planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 52 d) LET, que fue inadmitida por este Tribunal por ATC 9/2019, de 12 de febrero, por considerar insuficiente el juicio de relevancia formulado por el órgano judicial, de conformidad con lo informado por la Fiscal General del Estado.

d) Mediante providencia de 4 de marzo de 2019 el juzgado concedió nuevo trámite de audiencia a las partes conforme al art. 35.2 LOTC, para que alegasen lo que a su derecho conviniera sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 52 d) LET, por vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE.

El Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones el 26 de marzo de 2019 en el que señala que solo procedería plantear la cuestión si el juzgado estima que las ausencias de la trabajadora, en las que se sustenta su despido, se debieron a la enfermedad que padece y no a otras razones.

La empresa demandada presentó su escrito de alegaciones con fecha 2 de abril de 2019, oponiéndose al planteamiento de la cuestión. Afirma, en síntesis, que la norma legal en cuestión no es inconstitucional, tal como ya puso de manifiesto la fiscal general del Estado con ocasión de la precedente cuestión suscitada en el mismo proceso e inadmitida por el Tribunal Constitucional.

La trabajadora demandante presentó su escrito de alegaciones el 3 de abril de 2019, interesando que se volviese a plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

e) Por auto de 8 de abril de 2019, el juzgado planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 52 d) LET, por vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE.

3. En el auto de planteamiento de la cuestión, tras exponer los antecedentes del asunto, el órgano judicial señala que el precepto cuestionado satisface los juicios de aplicabilidad y relevancia. Afirma que en el presente caso se han considerado probadas las ausencias en las que la empresa demandada sustenta su decisión extintiva. Por tanto, en el caso de descartarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y teniendo en cuenta que se consideran acreditadas las ausencias y correctos los períodos considerados y los cálculos de porcentajes expresados en la carta de despido, la validez de la norma cuestionada obligaría a desestimar la demanda y declarar la procedencia del despido. En caso contrario, si la norma se declarase inconstitucional, procedería estimar la demanda y declarar el despido nulo.

Por lo que se refiere al fundamento de la duda de constitucionalidad, razona el juzgado que el precepto cuestionado permite a la empresa extinguir la relación laboral

por ausencias cuya causa no depende de la voluntad del trabajador; ausencias por enfermedad que no puede ni debe evitar, pues lo contrario podría comprometer su salud. Recuerda que el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT determina que la ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.

Atendiendo a lo dispuesto en el art. 52 d) LET, las ausencias que pueden dar lugar a la aplicación de este precepto son, principalmente, las derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración, hayan dado lugar o no a partes de baja médica, con suspensión de la obligación de prestar servicios por incapacidad temporal. El precepto excluye expresamente las derivadas de accidente de trabajo, las patologías de especial gravedad y las de duración de más de veinte días, atendiendo sin duda a que en estos casos se podría comprometer el derecho a la protección de la salud de los trabajadores.

Señala el juzgado que no cuestiona el art. 52 d) LET por la eventual contradicción de la prohibición de discriminación por discapacidad (art. 14 CE), atendiendo a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016, *Ruiz Conejero*. Lo que se plantea es 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.

Asimismo considera que el interés de combatir el absentismo laboral al que obedece el art. 52 d) LET, aunque tiene un fundamento constitucional –el derecho a la libertad de empresa y, mediatamente, el derecho a la propiedad privada–, puede protegerse de forma igualmente eficaz por otros medios. Entiende el juzgador que deberían tenerse en cuenta únicamente las ausencias injustificadas, esto es, las que sí

dependen de la voluntad de los trabajadores; no en cambio las ausencias por enfermedad, aun de breve duración, amparadas por baja médica expedida por los correspondientes servicios médicos oficiales.

Añade que las ausencias por baja médica normalmente ya implican una merma económica para el trabajador, que por sí misma desincentiva, pues, a salvo de los supuestos de complemento empresarial como mejora de seguridad social, el correspondiente subsidio por incapacidad temporal no siempre se devenga desde el primer día y nunca alcanza el 100 por 100 de la base reguladora. En los casos más extremos, que además nunca podrían justificar un despido objetivo por absentismo, la relación laboral podría extinguirse bien por acceder el trabajador a la incapacidad permanente, bien por ineptitud sobrevenida, que es otra causa de despido objetivo.

Por último, sostiene 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. Ciertamente es que para conciliar ambos bienes en conflicto, la salud del trabajador y la productividad empresarial, se han excluido del cómputo las bajas médicas prolongadas y las derivadas de graves enfermedades. No obstante, quizás la ponderación de intereses implícita en la regulación legal pudiera no ser suficiente para proteger situaciones derivadas de enfermedades crónicas, de curso fluctuante, especialmente limitantes en los períodos de agudización sintomática. Dan lugar a breves pero reiterados períodos de incapacidad temporal, cuyo diagnóstico la empresa ni siquiera debería conocer.

4. Mediante providencia de 4 de junio de 2019, la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al fiscal general del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que estimase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si pudiera resultar notoriamente infundada.

La fiscal general del Estado presentó sus alegaciones el 28 de junio de 2019, interesando la inadmisión de la cuestión, por entenderla notoriamente infundada.

5. Por providencia de 16 de julio de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) LOTC. Asimismo acordó dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al fiscal general del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Igualmente acordó comunicar la providencia al Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso *a quo* hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente la cuestión. También se dispuso la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

6. Mediante escritos registrados en este Tribunal los días 31 de julio y 5 de septiembre de 2019, respectivamente, la presidenta del Congreso de los Diputados y el presidente del Senado comunicaron el acuerdo de la Mesa de sus respectivas Cámaras de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. El abogado del Estado formuló sus alegaciones mediante escrito presentado en este Tribunal el día 11 de septiembre de 2019, solicitando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Advierte que el juzgador contrae su duda de constitucionalidad a los supuestos de ausencias por motivos de salud justificados no comprendidos en las excepciones al cómputo de faltas de asistencia recogidas en el párrafo segundo del art. 52 d) LET. Por ello, el objeto de la cuestión debe quedar contraído al cómputo en el absentismo de las

ausencias justificadas en motivos médicos, acreditadas con justificante médico expreso o parte médico de baja.

Por otro lado señala que la afirmación de la vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) no se sustenta en razonamiento alguno, por lo que el auto de planteamiento no satisface el requisito de ofrecer una expresa fundamentación de la duda de constitucionalidad, lo que debería conducir a la inadmisión parcial de la cuestión en este extremo, por incumplimiento del art. 35 LOTC.

Sostiene asimismo que el precepto cuestionado no incurre en contradicción 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). Recuerda el abogado del Estado que el art. 52 d) LET ya fue objeto de análisis por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016, en la que se resolvía una cuestión prejudicial sobre la adecuación de ese precepto a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El Tribunal de Justicia consideró legítimo el objetivo perseguido por la norma –combatir el absentismo laboral–, aceptando las alegaciones presentadas por el Gobierno español. No obstante, precisamente para mantener un equilibrio entre los intereses de la empresa (art. 38 CE) y la seguridad y salud de los trabajadores (art. 15 y 43.1 CE), el legislador español ha tenido en cuenta, al regular el absentismo como causa de extinción de la relación laboral, que con esta medida no se produjeran situaciones injustas o efectos perversos no deseados. De ahí la exclusión del cómputo de faltas de asistencia, a los efectos del despido objetivo, de determinadas ausencias como las debidas a bajas médicas de duración superior a veinte días consecutivos o las debidas a accidentes de trabajo o a enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, así como las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Recuerda el abogado del Estado la doctrina constitucional sobre el derecho a la integridad física y moral y su relación con el derecho a la protección de la salud, con referencia a las SSTC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, 220/2005, de 12 de septiembre, FJ

4, y 62/2007 de 27 marzo, FJ 3 y las allí citadas. Sin perjuicio de la conexión evidente entre ambos derechos, no puede aceptarse, sin banalizar el contenido del art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral. Resulta pues inadmisibles la asimilación de este derecho fundamental con el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE). Sin embargo, el auto de planteamiento de la cuestión asimila ambos derechos y plantea una simple hipótesis: que la incidencia de las bajas por motivos médicos en el cómputo de absentismo puede conducir al trabajador a incorporarse a su puesto con perjuicio para su salud. La duda de constitucionalidad carece de fundamento, pues no es posible encontrar una conexión entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que despide a un trabajador con motivo del número de veces que en un periodo de tiempo ha estado en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. La causa del despido no es el mero hecho de estar enfermo, sino la reiteración del número de bajas, justificadas o no, que ha tenido un trabajador en un determinado periodo de tiempo. El legislador, frente a este supuesto, conjugando el derecho a la salud del trabajador y el derecho de la empresa a preservar la productividad, ha previsto mecanismos atemperadores, recogidos en el párrafo segundo del art. 52 d) LET, y resarcitorios o indemnizatorios (art. 53 LET), a cargo de la empresa.

Para el caso de que se entienda satisfecha en el auto de planteamiento la carga argumentativa respecto a la vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), sostiene el abogado del Estado que también debe descartarse que el precepto legal cuestionado incurra en esa pretendida infracción constitucional. Efectivamente, el despido objetivo por absentismo constituye una limitación del derecho al trabajo, pero se trata de una medida justificada por un objetivo legítimo amparado en el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa y afirma que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio así como la defensa de la productividad.

El precepto cuestionado pretende alcanzar su objetivo manteniendo un equilibrio entre los intereses de la empresa (art. 38 CE) y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE). Establece por ello una serie de exclusiones, reglas y medidas dirigidas a evitar que se

produzcan situaciones injustas o no deseadas: se excluyen, por ejemplo, del cómputo las ausencias debidas a huelga legal o al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores.

Precisamente con ese propósito en la reforma laboral de 2012 se modificaron los porcentajes y las reglas establecidas hasta entonces para cuantificar las faltas de asistencia que justificaban el despido objetivo. Así, por ejemplo, se suprimió la referencia que se hacía antes al nivel colectivo de absentismo de la plantilla, que era condicionante necesario para poder acudir a esta causa de despido. El motivo de esta supresión era evitar lo que en la práctica estaba sucediendo: que en aquellas empresas donde el nivel de absentismo global era muy bajo, un trabajador o una minoría de trabajadores tenía mayores posibilidades de ausentarse del trabajo sin que por ello se le pudiera despedir por esta causa.

Por otra parte, la reforma laboral de 2012 añadió la condición de que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles. Ello con el fin de evitar posibles despidos de un trabajador que, durante un periodo de tiempo no muy prolongado, ha podido incurrir en un número elevado de faltas de asistencia, pero sin que en el último año hubiera sobrepasado el límite que se puede considerar razonable.

Por último es fundamental destacar, como medida de equilibrio entre los intereses de la empresa (art. 38 CE) y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que en el despido objetivo por absentismo al trabajador le corresponde una indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, conforme al art. 53.1 b) LET. Es decir, que el legislador no solo ha previsto que no se produzcan situaciones injustas, sino que también ha regulado la compensación para el trabajador que se ve afectado por la medida.

En suma, aunque el art. 52 d) LET supone una limitación al derecho al trabajo, tiene un objetivo legítimo –lucha contra el absentismo– y los medios

empleados –despido indemnizado, con reglas y excepciones– son adecuados y proporcionados, por lo que el precepto cuestionado no puede considerarse contrario al art. 35.1 CE.

8. La fiscal general del Estado formuló sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 25 de septiembre de 2019, interesando que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad.

Tras exponer los antecedentes de hecho del asunto y referirse pormenorizadamente al contenido del auto de planteamiento, considera que el núcleo principal de la cuestión estaría constituido por la pretendida vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE). Recuerda que según la doctrina constitucional, recogida en la STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4: mediante el derecho a la integridad física y moral “se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”. De acuerdo con esta doctrina, considera que el art. 52 d) LET no vulnera el derecho garantizado por el art. 15 CE, puesto que no contiene un ataque dirigido a lesionar el cuerpo o el espíritu del trabajador, ni regula siquiera algún tipo de intervención médica sin su consentimiento. Lo que el precepto cuestionado regula es la posibilidad de que la empresa proceda al despido del trabajador por una causa objetiva. Tal es la falta de asistencia al trabajo durante un número de días superior a una proporción determinada respecto al total de días laborables, en relación a dos periodos de tiempo determinados.

Además, la fiscal general del Estado considera que si las inasistencias al trabajo se produjeran por un motivo médico –que es en realidad lo que se está alegando en este caso– y esa dolencia del trabajador conllevara un riesgo para su vida o integridad física, parece claro que estaríamos en el supuesto de faltas de asistencia por enfermedad grave, con independencia de que el tratamiento derivado de esta fuera intermitente o no. Por tanto no sería computable a los efectos previstos en el precepto cuestionado. En suma, no existe contradicción entre el art. 52 d) LET y el art. 15 CE.

En cuanto a la vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), sostiene en primer lugar que el auto de planteamiento de la cuestión contiene muy escasa justificación de la presunta contradicción del art. 52 d) LET con este derecho, por lo que podría entenderse que no se cumple la carga de razonar suficientemente la inconstitucionalidad del precepto legal que se pretende cuestionar (por todos, ATC 100/2017, de 4 de julio, FJ 5). El auto solo se refiere a esa contradicción cuando afirma que el interés al que obedece el precepto cuestionado puede protegerse de forma igualmente eficaz por otros medios, de modo que las normas convencionales pueden fomentar la reducción del absentismo con primas específicas, y que, al haber prescindido la actual regulación del índice colectivo de absentismo, difícilmente puede ampararse la previsión legal en el interés empresarial en mantener la productividad.

Sin perjuicio de lo anterior, señala la fiscal general del Estado que el objeto del debate no es el acceso al trabajo, sino la conservación del mismo o, si se prefiere, la estabilidad en el empleo, por lo que habrá de tenerse en cuenta la doctrina constitucional sobre la causalidad del despido. Conforme a ella, en lo que ahora importa, el legislador debe tener un motivo razonable para establecer una causa de despido objetivo (por todas, SSTC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3, y 8/2015, de 22 de enero, FJ 7).

Considera relevante también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016, en la que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la adecuación del art. 52 d) LET a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, sobre igualdad de trato en el empleo. En dicha sentencia, como parte de los argumentos para considerar que el art. 52 d) LET no vulnera el principio de igualdad cuando permite que el empresario proceda al despido por causas objetivas a trabajadores que padecen una enfermedad que provoca supuestos repetidos de incapacidad temporal de corta duración, se afirma en su apartado 44 que “combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b), inciso i), de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo”. En los apartados 45 a 47 de la misma sentencia del Tribunal se refiere a la

adecuación de los medios aplicados por la normativa nacional para conseguir esa finalidad, señalando que debe verificarse si las previsiones el art. 52 d) LET se han concebido efectivamente con el fin de combatir el absentismo laboral, tomando en consideración en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas por dicho motivo.

Aplicando esta doctrina al presente asunto, sostiene la fiscal general del Estado que se constata que el precepto impugnado contiene, en efecto, una limitación del derecho al trabajo, pero amparada en la libertad de empresa (art. 38 CE) y afirma que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad. La medida contenida en el art. 52 d) LET responde al objetivo legítimo de defensa de la productividad a través de la limitación del absentismo laboral. Añade que, desde la perspectiva del art. 35.1 CE, no se puede considerar que el precepto cuestionado resulte contrario al derecho a la estabilidad en el empleo, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, lo ha hecho con fundamento en un derecho constitucional (art. 38 CE), con una finalidad legítima, mediando la correspondiente indemnización y ponderando los intereses en conflicto, especialmente a través de las correspondientes excepciones a la cláusula general. Así, se protege el derecho a la huelga, el derecho de representación de los trabajadores, la seguridad en el trabajo –al no computar las bajas por accidente laboral–, la maternidad, la paternidad, el derecho al descanso del trabajo –al excluir del cómputo los días de licencias y vacaciones–, la protección de la mujer frente a la violencia de género y, en general, la integridad física y la salud de los trabajadores. Se excluyen del cómputo las bajas médicas por más de veinte días, aquellas que aun teniendo una duración menor provengan de una enfermedad grave, así como las derivadas de riesgos para la salud o enfermedades que provengan del embarazo, el parto, la lactancia o la violencia de género.

Esa ponderación de intereses en conflicto excluye a su vez que el cuestionado art. 52 d) LET incurra en contradicción con lo previsto en el art. 6.1 del Convenio 158 de la

OIT, que cita el auto de planteamiento de la cuestión en relación con la pretendida vulneración del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE).

Más en concreto, respecto de la supuesta lesión del derecho a la protección de la salud, señala la fiscal general del Estado que el precepto cuestionado no supone una presión indebida al trabajador enfermo para que acuda a su puesto de trabajo. Lo que sucede es que, en caso de que las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, superen unas determinadas proporciones y no se deban a los supuestos excluidos por la propia norma, el empresario puede valorar si es mejor para su empresa despedir al trabajador pagándole la indemnización legalmente establecida para el despido objetivo. Puede, por el contrario, conservarlo en plantilla, bien porque considere que no es previsible que se repitan las circunstancias que han propiciado las faltas de asistencia, bien porque estime que la aportación del trabajador es útil para la empresa. En suma, es una decisión que el empresario tomará en función de la productividad.

Por otra parte, en cuanto a las propuestas que se realizan en el auto de planteamiento de otras medidas para incentivar la productividad o combatir el absentismo, recuerda la fiscal general del Estado que, como dice la STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 7.a), “en la medida en que la regulación de las relaciones de trabajo se ha deferido por la Constitución al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2), es a este a quien corresponde la determinación de las causas de extinción del contrato (AATC 429/1983, de 28 de septiembre, FJ 2; y 57/1985, de 24 de enero, FJ 4)”, no siendo función del Tribunal Constitucional la de “enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles” (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 11)”.

Por lo demás, siempre será posible el control judicial de la decisión empresarial de despedir al trabajador por absentismo, lo que permitirá al órgano judicial ponderar los bienes en conflicto –la protección de la salud y la defensa de la productividad– especialmente en la consideración de la gravedad de la enfermedad alegada por el trabajador.

Señala también que la vigente redacción del precepto cuestionado fue introducido por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, sin que fuera objeto de impugnación en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a dicha ley, que fueron resueltos por las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero.

En fin, la fiscal general del Estado considera procedente mencionar también la STC 125/2018, de 26 de noviembre, en la cual, en un caso de despido por absentismo, se estima el recurso de amparo interpuesto por la trabajadora, declarando nulo su despido, por vulneración del derecho fundamental a la participación en asuntos públicos mediante el ejercicio de cargo representativo electo (art. 23.2 CE). Señala que ni en el procedimiento de despido ni en el proceso constitucional se planteó la inconstitucionalidad del art. 52 d) del ET. En la STC 125/2018 se afirmó la legitimidad de la finalidad del precepto, siendo la razón por la que se estimó el amparo; además se podía haber recurrido a medios menos gravosos para satisfacer los intereses empresariales, como suspender o modificar la relación laboral. La “interpretación realizada por los órganos judiciales, según la cual cabe el cómputo, a efectos del art. 52 d) LET, de las ausencias debidas a la asistencia a plenos municipales, en cuanto puro reflejo de un desequilibrio objetivo en las condiciones de trabajo, se opone al derecho de participación política del art. 23.2 CE de la recurrente, pues resulta contraria a la efectividad del derecho fundamental”. Así pues, no se cuestionó la constitucionalidad del art. 52 d) LET, sino que se consideró contraria al mencionado derecho constitucional la interpretación que se hizo al aplicarlo en aquel caso.

Lo anterior refuerza la consideración de que el art. 52 d) LET no es inconstitucional, sin perjuicio que, en su aplicación al caso concreto, resulte necesario ser cuidadoso, al ponderar los derechos en conflicto, para realizar una interpretación del mismo acorde con la Constitución, concluye la fiscal general del Estado.

9. Mediante providencia de 15 de octubre de 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (LET), por posible vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE, en la medida en que el precepto legal cuestionado permite al empresario extinguir la relación laboral por causa de absentismo derivado de enfermedades intermitentes de corta duración del trabajador, hayan dado lugar o no a la expedición de partes oficiales de baja médica.

El precepto cuestionado establece lo siguiente:

“Artículo 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 doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

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

Como se ha expuesto en los antecedentes, el órgano judicial promotor de la cuestión considera, en síntesis, que esta disposición legal podría ser contraria a 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). Establece una regulación del despido objetivo por causa de absentismo susceptible de condicionar el comportamiento de los trabajadores en perjuicio de sus derechos; pues ante el temor de perder su empleo, el trabajador puede sentirse compelido a acudir a trabajar pese a encontrarse enfermo, asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso podría complicar la evolución de su enfermedad.

2. Planteada en estos términos la cuestión, debemos examinar previamente si concurre el óbice que alegan tanto el abogado del Estado como la fiscal general del Estado, relacionado con el cumplimiento por parte del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona de la carga de razonar suficientemente la inconstitucionalidad del precepto legal que pretende cuestionar, en lo que atañe a la contradicción del art. 52 d) LET con el art. 35.1 CE, que reconoce el derecho al trabajo.

Sostienen, con parecidos planteamientos, que la pretendida vulneración del art. 35.1 CE no se sustenta en razonamiento alguno, por lo que el auto no satisface en este punto el requisito de ofrecer una expresa fundamentación de la duda de constitucionalidad. Consideran, en consecuencia, que el enjuiciamiento de este Tribunal debería limitarse a examinar la pretendida contradicción del precepto legal cuestionado con los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE).

Según jurisprudencia reiterada de este Tribunal, cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, “es carga del órgano judicial, no solo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan” (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 3; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 2; 60/2013, de 13 de marzo, FJ 2, y 110/2015, de 28 de mayo, FJ 11). En particular, es necesario que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad del precepto legal se exteriorice en el auto de planteamiento de la cuestión, proporcionando los elementos que lleven al mismo, de tal manera que las cuestiones de inconstitucionalidad solo pueden considerarse correctamente planteadas en relación con aquellos preceptos

cuya vulneración resulte fundada (por todas, SSTC 126/1987, FJ 3; 245/2004, FJ 3; y 100/2012, FJ 2; ATC 100/2017, de 4 de julio, FJ 5).

Atendiendo a la doctrina constitucional mencionada, este Tribunal no advierte razones para excluir de su examen la pretendida contradicción del precepto legal cuestionado con el art. 35.1 CE. El auto de planteamiento de la cuestión, cuyo contenido ha quedado resumido en el relato de antecedentes, contiene una exposición mínima pero suficiente de los motivos por las que el juzgador entiende que el art. 52 d) LET podría vulnerar el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), estrechamente conectados, desde luego, a los razonamientos en los que descansa la duda de constitucionalidad sobre la pretendida vulneración de los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE). Abordaremos por tanto la posible contradicción del art. 52 d) LET no solo con los arts. 15 y 43.1 CE, sino también con el art. 35.1 CE.

3. Antes de proceder al examen de la pretendida contradicción del art. 52 d) LET con los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE, es conveniente señalar que el precepto cuestionado, como viene a reconocer el propio órgano judicial promotor de la cuestión, persigue un interés legítimo no desprovisto de fundamento constitucional.

En efecto, la regulación contenida en el art. 52 d) LET responde al 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. Ello encuentra fundamento en la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE, que encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como “la defensa de la productividad”. De este modo, la naturaleza objetiva del despido regulado en el art. 52 d) LET obedece a la finalidad lícita de eximir al empresario de la obligación de mantener una relación laboral que ha devenido onerosa en exceso para la empresa, por las repetidas faltas de asistencia del trabajador a su puesto; esas ausencias intermitentes, aun cuando lo sean por causas justificadas, generan un incremento de costes laborales que la empresa no tiene por qué soportar. El absentismo conlleva para el empresario un perjuicio de sus intereses legítimos, por la menor eficiencia de la prestación laboral de los trabajadores que faltan a su puesto de trabajo de forma intermitente y con la

periodicidad que el precepto legal cuestionado indica, dados los costes directos e indirectos que suponen para la empresa. De ahí que el legislador procure paliar sus consecuencias, con medidas tales como la cuestionada o la prevista en el art. 64.2.d) LET. En este se establece que el comité de empresa tiene derecho a ser informado trimestralmente de las estadísticas sobre el índice de ausencias al trabajo en la empresa y sus causas, lo que ha de ponerse en relación con el art. 64.7.c) LET, que encomienda al comité de empresa colaborar con el empresario para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos.

En este sentido no puede dejarse de mencionar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016 (*Ruiz Conejero*), a la que hacen referencia tanto el auto de planteamiento de la cuestión como el abogado del Estado y la fiscal general del Estado en sus alegaciones, en la que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la adecuación del art. 52 d) LET a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, sobre igualdad de trato en el empleo.

Debemos recordar que, si bien el Derecho de la Unión Europea no integra el canon de constitucionalidad, nuestra jurisprudencia ha reconocido valor hermenéutico, con fundamento en el art. 10.2 CE, no solo a los tratados constitutivos y a sus sucesivas reformas, sino también a su Derecho derivado (entre otras, SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 2; 13/2017, de 30 de enero, FJ 6; y 76/2019, de 22 de mayo, FJ 3); así como a la interpretación que de tales normas realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5; 66/2015, de 13 de abril, FJ 3; 140/2016, de 21 de julio, FJ 5; 3/2018, de 22 de enero, FJ 4; 138/2018, de 17 de diciembre, FJ 2; y 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6, por todas).

Partiendo de la indicada premisa, es indudable la relevancia que adquieren los razonamientos contenidos en la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016 (*Ruiz Conejero*). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda en esta sentencia que, en lo relativo a la finalidad del art. 52 d) LET, el Gobierno español ha indicado que “con el fin de aumentar la

productividad y la eficiencia en el trabajo, el legislador español considera desde antiguo que el absentismo laboral debido a bajas por enfermedad intermitentes de corta duración constituye una causa de extinción de la relación laboral, para evitar un incremento indebido de los costes laborales empresariales” (§ 41). También ha señalado el Gobierno español que “esta *excesiva morbilidad intermitente* implica para las empresas no solo la asunción de los costes directos de la ausencia laboral, dado que han de pagar la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal durante los primeros quince días de inactividad sin posibilidad de reclamar su devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social, además de los costes de la sustitución, sino también la asunción del coste indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas” (§ 42).

Teniendo en cuenta lo anterior y asimismo que “los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación no solo para primar un determinado objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo” (§ 43), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende en esta sentencia que “combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b), inciso i), de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo” (§ 44). Corresponde a los órganos jurisdiccionales verificar en el caso concreto que la medida legislativa aplicada no va más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad legítima (§§ 45 a 57). Entre los aspectos relevantes que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta para efectuar esa verificación destacan, según la misma sentencia, “en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral” (§ 47).

4. Entrando ya a examinar la duda de constitucionalidad que plantea el órgano judicial, procede referirse en primer lugar a la eventual vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE), que aparece vinculada en los razonamientos del auto de planteamiento a la preservación de la salud del trabajador.

Cabe recordar al respecto que este Tribunal ha reconocido, en una consolidada doctrina, que existe en efecto una cierta conexión entre el derecho a la integridad física

(art. 15 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pero sin que ello pueda llevar a identificar o confundir ambos derechos.

Así, en la STC 160/2007, de 2 de julio, FJ 2, que cita a su vez la doctrina sentada en la precedente STC 62/2007, de 27 de marzo, se señala que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6)”. Esta última concreción de la tutela propia de la integridad personal, en consecuencia, no implica situar en el ámbito del art. 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente, pudiera estar contraindicada para la salud. Supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora, en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral, podría comportar en ciertas circunstancias un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, como precisó la propia STC 62/2007, de 27 de marzo, tal actuación u omisión “podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para esta”.

En este mismo sentido ya la STC 220/2005, de 15 de septiembre, FJ 4, había declarado que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos –como podría ser el caso de una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral– que deberían ser rechazadas por los tribunales “si como consecuencia de aquéllas se produjera una lesión del derecho de modo real y efectivo”.

Precisamente por esa razón este Tribunal ha señalado también, como recuerda la citada STC 62/2007, que “para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será

preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)” (STC 62/2007, FJ 2).

En suma, una determinada actuación empresarial en relación con las bajas por enfermedad del trabajador solo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse; es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado (STC 220/2005, FJ 4, por todas). Esta circunstancia no se advierte que concurra en el supuesto de la norma que ahora se cuestiona.

En efecto, conforme a la citada doctrina constitucional, para que pudiera apreciarse la vulneración del art. 15 CE sería necesario que se produjera una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador. En el supuesto del art. 52 d) LET no cabe advertir que pueda dar lugar a ninguna actuación empresarial de la que derive ese riesgo o se produzca ese daño, puesto que se limita a autorizar el despido para el caso de que se supere un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado período de tiempo.

El derecho a la integridad física, tal y como está configurado constitucionalmente, protege a todas las personas, incluidos los trabajadores, frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano, que dañen la integridad corporal, que supongan un peligro grave y cierto para la salud, o que se produzcan sin consentimiento del afectado y sin deber jurídico de soportarlas (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 215/1994, de 14 de julio, FJ 4). También frente a las actuaciones no materiales –órdenes empresariales– que incumplan las obligaciones legalmente impuestas al empleador en materia de prevención de riesgos laborales, poniendo en peligro la salud de los trabajadores (SSTC 62/2007, FJ 5, y 160/2007, FJ 5).

Es pues difícil encontrar una conexión directa entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que, al amparo del precepto legal cuestionado, despida a

un trabajador con motivo del número de veces que en un determinado periodo de tiempo haya faltado al trabajo por estar aquejado de una enfermedad de corta duración. No hay que olvidar que la causa del despido no es en este caso el mero hecho de estar enfermo el trabajador, sino la reiteración intermitente del número de faltas de asistencia al trabajo, justificadas o no, que hayan tenido lugar en un determinado período de tiempo – absentismo laboral–.

Por otra parte, como señala el propio órgano judicial promotor de la cuestión en el auto de planteamiento, el legislador ha excluido en el mismo art. 52 d) LET los supuestos de bajas médicas prolongadas y los derivados de enfermedades graves, sin duda atendiendo a que en estos casos puede existir un riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados. El legislador ha pretendido mantener de este modo un equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabajadores, evitando que con la medida prevista en el art. 52 d) LET se produzcan situaciones injustas o efectos perversos. Las ausencias que pueden dar lugar a la aplicación de dicho precepto legal por este motivo serían las derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración, hayan dado lugar o no a la expedición de partes médicos de baja. En efecto, además de otros supuestos que no vienen ahora al caso, el art. 52 d) LET excluye de su aplicación los supuestos de enfermedad o accidente no laboral cuando la baja médica tenga una duración de más de veinte días consecutivos, así como las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Por tanto, las faltas de asistencia al trabajo por enfermedad grave o de larga duración no son computables a los efectos previstos en el art. 52 d) LET, como recuerda también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016, § 53. Tampoco lo son, aunque sean intermitentes y de corta duración, las inasistencias derivadas de accidente de trabajo, de riesgo durante el embarazo y la lactancia y de enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, así como las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, conforme al propio precepto cuestionado.

En definitiva, debe entenderse que el art. 52 d) LET no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente. La

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

5. Por lo que se refiere a la presunta contradicción del precepto legal cuestionado con el derecho a la protección de la salud que reconoce el art. 43.1 CE, a las consideraciones anteriormente expuestas al examinar su conexión con el derecho fundamental garantizado por el art. 15 CE cabe añadir lo que sigue.

La tutela del derecho a la protección de la salud se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, atribuyéndose al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2 CE). El art. 43 CE se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutan de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, estatales y autonómicos. En todo caso, como advierte la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8, “la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública [...] En suma, el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional”.

De los razonamientos del auto de planteamiento de la cuestión se infiere que el órgano judicial considera que el temor de los trabajadores a perder su puesto por aplicación

de lo previsto en el art. 52 d) LET puede empujarles a acudir al trabajo pese a sufrir una enfermedad o indisposición, con el riesgo de comprometer su salud. Sin embargo, aunque no sea descartable que la regulación controvertida pudiera en algún caso condicionar la actuación del trabajador en el sentido aventurado por el órgano judicial, no cabe entender que con esa regulación el legislador esté desprotegiendo la salud de los trabajadores. El precepto cuestionado se limita a regular la posibilidad de que el empresario extinga el contrato de trabajo por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen unos determinados porcentajes, y que pueden derivar de enfermedades de corta duración del trabajador –hayan dado lugar o no a la expedición de partes de baja médica–. El legislador identifica la excesiva morbilidad intermitente como una de las causas principales de ausencias al trabajo.

En ningún momento incide el art. 52 d) LET en el régimen de acceso y en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores, que se prestará en todo momento a través de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud que correspondan, tanto si le ha sido expedido al trabajador el parte médico de baja como si no, pero precisa atención sanitaria. Por otra parte, como ya se ha indicado, no se computan a efectos de la decisión extintiva que permite el art. 52 d) LET las faltas de asistencia al trabajo debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja médica tenga una duración de más de veinte días consecutivos. No se computan tampoco las ausencias debidas a una enfermedad grave o a un accidente de trabajo, con independencia de su duración. Tampoco, en el caso de las trabajadoras, las derivadas de la situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia, de las enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, y las motivadas por la situación física o psicológica debida a la violencia de género.

En suma, mediante la regulación controvertida el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el art. 52 d) LET no vulnera el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 CE reconoce, ni tampoco, valga añadir, el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE).

6. Sobre la presunta contradicción entre el art. 52 d) LET y el derecho al trabajo reconocido por el art. 35.1 CE, en el auto de planteamiento de la cuestión se razona que el interés legítimo al que obedece el precepto cuestionado –evitar el incremento indebido de costes que para la empresa suponen las ausencias al trabajo– puede protegerse de forma igualmente eficaz con otros medios. Podrían reducirse, según el juzgador, mediante primas específicas fruto de la negociación colectiva, ya que, al haber prescindido la actual regulación del índice de ausencias al trabajo, difícilmente puede ampararse la previsión legal controvertida en el interés empresarial en mantener la productividad.

A lo anterior se añade la cita del art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, ratificado por España el 18 de febrero de 1985. Determina dicho precepto que “la ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”. El art. 52 d) LET podría entrar en contradicción con esta norma de Derecho convencional, según el auto de planteamiento.

Ninguno de estos argumentos permite llegar a la conclusión de que la norma cuestionada infringe el art. 35.1 CE. Como acertadamente señala la fiscal general del Estado, la vertiente del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) que estaría concernida por la norma cuestionada no es la que se refiere al acceso al trabajo, sino a su conservación –o, si se prefiere, la estabilidad en el empleo–, toda vez que lo que el art. 52 d) LET regula es uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas –el absentismo laboral, bajo determinadas condiciones–.

Al respecto es oportuno señalar que este Tribunal tiene declarado, como recuerda la STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3 A.b), que el derecho al trabajo se concreta, en su vertiente individual (art. 35.1 CE), “en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8; y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4); así como en la existencia de una ‘reacción adecuada’ contra el despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se defiere al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2)”. Esta doctrina constitucional sobre la causalidad del despido se reitera en la STC 8/2015, de

22 de enero, FJ 7 a), en la que se advierte que no corresponde a este Tribunal “enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles” (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 11), sino únicamente “determinar si la opción asumida por el legislador en el ejercicio de la competencia que le atribuye el texto constitucional sobrepasa o no el margen razonable de libertad que le reconoce el art. 35 CE”.

La norma legal cuestionada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de la concreta causa extintiva del contrato de trabajo que regula –el absentismo laboral– de objetividad y certidumbre. El art. 52 d) LET determina con claridad el número de faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un periodo determinado, que facultan al empresario para extinguir el contrato de trabajo, abonando en tal caso al trabajador la indemnización legalmente prevista (art. 53.1 LET). Asimismo establece el precepto cuestionado, como resultado de una ponderación de los intereses en conflicto, los supuestos que no pueden ser computados como faltas de asistencia al trabajo a los efectos de permitir la decisión extintiva empresarial. Además, esa decisión empresarial, caso de que sea adoptada, queda sujeta a la revisión judicial (art. 53.3 LET). En consecuencia, no es posible apreciar desde esta perspectiva que la delimitación de la causa objetiva de extinción del contrato de trabajo que regula el cuestionado art. 52 d) LET vulnere el art. 35.1 CE, sin que a este Tribunal le corresponda enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles.

El precepto cuestionado contiene, en efecto, una limitación parcial del derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, pero esa limitación, conforme hemos señalado, se encuentra justificada por el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa y encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como la defensa de la productividad. Como también recuerda la ya citada STC 119/2014, FJ 3 A.c), “el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE no es absoluto ni incondicional, sino que puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes

constitucionales dignos de tutela. Entre otros, y por lo que ahora interesa, el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad. Sin perjuicio de los límites necesarios, tales exigencias derivadas del art. 38 CE pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4)”.

Como ya se dijo, la regulación contenida en el art. 52 d) LET responde al objetivo legítimo de paliar el gravamen económico que las ausencias al trabajo suponen para las empresas. Así lo ha entendido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la citada sentencia del 18 de enero de 2018, asunto C-270/2016, § 44 y concordantes. Por consiguiente atañe a la defensa de la productividad de la empresa, que es una exigencia constitucionalmente reconocida (art. 38 CE).

Además, la propia norma cuestionada contiene unas excepciones muy cualificadas, que se establecen por el legislador para proteger derechos e intereses relevantes, en conflicto con el referido objetivo legítimo de paliar la singular onerosidad que el absentismo supone para la empresa. Se protege el derecho a la huelga, al no computar las inasistencias debidas a huelga legal; la libertad sindical, ya que no se computan las inasistencias derivadas el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; la seguridad en el trabajo, al no computarse tampoco las inasistencias debidas a accidente laboral; la salud laboral de las trabajadoras, al excluirse del cómputo las inasistencias debidas a la situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia; así como las debidas a la conciliación entre el trabajo y la vida familiar, pues no se computan las inasistencias derivadas de enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia y los descansos por maternidad y paternidad; el derecho al descanso laboral, al excluir del cómputo los días de licencias y vacaciones; la protección de la mujer frente a la violencia de género, ya que no se computan las inasistencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de esa causa y, en general, la integridad física y la salud de los trabajadores, al excluir del cómputo las inasistencias por baja médica durante más de veinte días consecutivos y las debidas a una enfermedad grave –incluido el tratamiento

médico del cáncer–, con independencia de su duración. En suma, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar en la STC 125/2018, de 26 de noviembre, FJ 5, el art. 52 d) LET incorpora “un régimen de protección de los intereses del empleador frente a la ausencia del trabajador a su puesto de trabajo, que encuentra su equilibrio en la delimitación por el legislador de una serie de causas de exclusión del cómputo del absentismo, que guardan relación con las situaciones individuales en las que el trabajador o trabajadora se pueda encontrar”.

Cabe añadir a lo ya indicado que la protección efectiva del derecho a la participación en asuntos públicos mediante el ejercicio de cargo representativo electo (art. 23.2 CE) determina que las ausencias del trabajador debidas al desempeño de su cargo público electivo tampoco deban computarse a los efectos previstos en el art. 52 d) LET, conforme a los razonamientos contenidos en la citada STC 125/2018, FJ 6. El ejercicio por los trabajadores del derecho de sufragio activo en las elecciones políticas (art. 23.1 CE) también ha de considerarse como un supuesto excluido de la aplicación de la causa extintiva regulada en dicho precepto legal, de conformidad con la doctrina sentada en la STC 189/1993, de 14 de junio, FJ 5.

Por lo que se refiere a la presunta contradicción del art. 52 d) LET con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT que apunta el auto de planteamiento, procede recordar una vez más que los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas, al margen de su valor hermenéutico *ex art.* 10.2 CE en el caso de los textos internacionales sobre derechos humanos (por todas, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; y 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6). La eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España no determina por sí misma violación constitucional alguna; se trata de un juicio de aplicabilidad –control de convencionalidad– que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria.

Sin perjuicio de cuanto acaba de indicarse, valga advertir que no apreciamos que la regulación contenida en el art. 52 d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, conforme al cual la ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación laboral. Debe tenerse en cuenta que en el párrafo 2 del mismo art. 6 del Convenio se precisa que la “definición de lo que constituye una ausencia temporal de trabajo, la medida en que exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio”, a cuyo tenor deberá “darse efecto a las disposiciones del presente convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”. Es decir, el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, como efectivamente lo ha hecho mediante la regulación contenida en el art. 52 d) LET. Por lo demás, esta regulación se acomoda a lo dispuesto como regla general en el art. 4 del propio Convenio 158 de la OIT, conforme al cual cabe poner término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Entre ellas sin duda cabe incluir la defensa de la productividad, que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un periodo determinado, conforme a las previsiones del art. 52 d) LET.

En suma, debemos descartar que el precepto legal cuestionado resulte contrario al art. 35.1 CE, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima –evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo–, que encuentra fundamento constitucional en la libertad

de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). Se han ponderado los derechos e intereses en conflicto, especialmente a través de las señaladas excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato de trabajo por absentismo, así como mediante el establecimiento de la correspondiente indemnización al trabajador en caso de que el empresario opte por la decisión extintiva, que en todo caso puede ser impugnada ante la jurisdicción social. A esta corresponde controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el art. 52 d) LET y que la aplicación del precepto en el caso concreto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen la duración establecida por la norma.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil diecinueve.