**DESPEDIR POR ESTAR ENFERMO: UNA ABERRACIÓN MÁS DE LA REFORMA LABORAL**



La muy reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, ha permitido que la ciudadanía conozca la brutalidad con la que la reforma laboral del 2012 aborda el tema de las relaciones en la empresa. Como se sabe, la mencionada sentencia ha considerado conforme a la constitución el despido por absentismo en un caso en el que la trabajadora con una lumbalgia severa estuvo de baja durante nueve días a lo largo de dos meses con baja médica, lo que a juicio de la mayoría del TC (ponente **Andrés Ollero**) habilita a la empresa a rescindir el contrato de trabajo puesto que la empresa no tiene por qué soportar las ausencias justificadas por enfermedad.

Esta concepción que deprecia la tutela prioritaria de la enfermedad del trabajador y le hace perder su puesto de trabajo, es plenamente rechazable por razones jurídicas y políticas, pero se sitúa en un largo proceso de Re mercantilización del trabajo que lleva a negar en éste cualquier consideración personal que no esté directamente funcionalizada a su utilización en el proceso de producción de bienes y de servicios en razón del coste que supone para el empresario.

Así, el despido de un trabajador o de una trabajadora de baja médica por enfermedad pasó de considerarse un despido nulo a declararse improcedente, ya en la reforma de 1994, que puso en práctica una fuerte flexibilización de las relaciones laborales, lo que implicaba que el empleador podría siempre hacer definitivo el acto de despido mediante el pago de una indemnización de despido improcedente. A la vez, ya desde 1977, se introdujo en la norma, como una forma de combatir el absentismo laboral, la figura del despido por circunstancias objetivas que hacía depender la rescisión del contrato de dos circunstancias necesariamente concurrentes, las ausencias justificadas del trabajador en un determinado porcentaje calculado en un período corto o más largo, y el volumen total de inasistencias que en esos mismos períodos presentaba la plantilla de la empresa. De esta manera, el absentismo aun justificado de una persona tenía que encuadrarse en un marco general de absentismo de la plantilla para que el empresario pudiera ejercitar correctamente su opción por el despido. De esta manera, la figura fue escasamente aplicada, y el debate doctrinal se desplazó hacia las consecuencias jurídicas del despido por enfermedad relacionándolo con el principio de no discriminación e intentando por tanto recuperar la figura de la nulidad de la decisión unilateral del empleador.

La reforma del 2012, en su obsesiva tendencia a abaratar y facilitar el despido, modificó el art, 52 d) del Estatuto de los Trabajadores y configuró el despido por absentismo como la consecuencia de un número determinado de faltas de asistencia cometidas por el trabajador individual que no superaran los veinte días ininterrumpidos, derogando la referencia cumulativa a la tasa de absentismo total de la plantilla. El Tribunal Constitucional ha entendido que esta regulación es conforme a la constitución, que no colisiona contra el derecho a la salud ni contra el derecho al trabajo, ni constituye una posible discriminación indirecta por motivos de género, sino que está plenamente habilitada por la libertad de empresa y la defensa de la productividad que reconoce nuestro art. 38 CE.

El Tribunal Constitucional apela a la libertad de empresa y la defensa de la productividad como una cláusula en blanco que permite cualquier restricción por parte del empresario de los derechos fundamentales de los trabajadores y rebaja el contenido del derecho al trabajo que proclama el art. 35 CE a un principio orientador que solo cobra cuerpo en las políticas de empleo del gobierno y en las decisiones concretas que lo definen a partir de la ley, sea cuales fueren estas. De hecho, desaparece el contenido esencial del derecho al trabajo y su lugar es ocupado por una invocación permanente de la libertad de empresa. Se podría decir que, para los magistrados firmantes de la sentencia, la Constitución reconoce la libertad de trabajo como el complemento de la libertad de empresa, sin que tenga ningún significado concreto el derecho al trabajo en cuanto mantenimiento de la estabilidad en el empleo de la persona que trabaja.

La conclusión es muy clara, y la han explicitado los comentarios numerosos a esta nefasta Sentencia 118/2019. El empleador no tiene por qué “soportar” trabajadores que se enfermen. El hecho de que una persona tenga una serie de bajas médicas por enfermedad, con independencia del origen profesional o no de estas dolencias, implica una “onerosidad sobrevenida” que habilita a la rescisión unilateral del contrato de trabajo. Los trabajadores y las trabajadoras ya saben a qué atenerse si quieren conservar sus puestos de trabajo: no deben enfermar ni acudir al médico para curarse. No digamos nada si se trata además de contratos temporales o formativos, en donde la estabilidad en el empleo es mucho más volátil.

Es algo que retrotrae a épocas de esclavismo industrial y que no solo se aplica a trabajadores manuales o no cualificados. Acaba de conocerse los mensajes que la aerolínea Ryanair – por lo demás bien conocida por su antisindicalidad – ha enviado a los pilotos y tripulantes de cabina que se ponen de baja por enfermedad: “Continuaré monitoreando sus ausencias y esperaré ver una mejora inmediata y significativa en su asistencia al trabajo, de lo contrario, podría ser necesaria una acción disciplinaria", y a esto le llama la compañía “gestionar el absentismo”.

La STC 118/2019 se separa expresamente de lo que establece el art. 6 del Convenio 158 de la OIT, según el cual no es causa válida de terminación del trabajo la enfermedad del trabajador. Para el Tribunal Constitucional el Convenio 158 de la OIT es una norma molesta que debe ser exceptuada por los dictados de la libertad de empresa, que es quien preside el orden constitucional. Y tampoco, como es natural, reflexiona sobre la jurisprudencia europea que relaciona la discriminación con la discapacidad entendida como una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no como la imposibilidad de ejercer tal actividad. En esta jurisprudencia el índice de absentismo puede suponer una diferencia de trato basada indirectamente en la discapacidad, pues, «un trabajador con discapacidad está más expuesto al riesgo de tener un elevado índice de absentismo que un trabajador sin discapacidad, dado que incurre en el riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad».

La Sentencia ni siquiera maneja una noción constitucional de la libertad de empresa, ni la relaciona con las libertades económicas de la Unión Europea que definen su constitución material, ni tampoco pone en conexión este concepto con el de la Economía Social de Mercado que funda el sistema europeo. No configura la libertad de empresa como el marco institucional que posibilita el sistema de libre empresa y garantiza la satisfacción de necesidades y la creación de riqueza a través del mercado en un contexto de igualdad de oportunidades y libre competencia. El debate que enlaza la libertad de empresa con la responsabilidad social de la misma y la definición de empresa sostenible que recoge la Ley 2/2011 en nuestro ordenamiento es plenamente desconocido. Y ello porque el TC enarbola este concepto como una cláusula general de limitación de derechos sin que explique su relación con éstos ni el alcance preciso del contenido esencial de esta libertad. Antes había seguido este mismo razonamiento en las sentencias que validaban constitucionalmente la reforma laboral del 2012 sobre la base de la excepcionalidad social que venía atribuida a la crisis económica, a la que reconocía la capacidad de restringir el ejercicio de los derechos colectivos e individuales fundados en el trabajo. Acabada ya la situación de excepción, la potencia que anula el ejercicio de derechos fundamentales de las trabajadoras y trabajadores se desplaza ahora a la libertad de empresa como elemento permanente de administración de la desigualdad entre las partes del contrato de trabajo. Una noción a la que se vincula “la defensa de la productividad” como un puro elemento retórico que no se detalla ni concreta en su contenido, ni se hace un esfuerzo por diferenciarlo de la libertad invocada como un principio de autoridad incontestable. Este es el centro del problema. El Tribunal Constitucional afirma la autoridad del empresario como justificación constitucional de cualquier limitación de derechos laborales. Una autoridad incontestable que se valora en función de las necesidades y del interés de empresa interpretado en cada momento de manera unilateral. El TC camina hacia la revisión del marco constitucional en un sentido plenamente opuesto a lo que señala el art. 9.2 CE, forzando la asimetría de poder en la relación de trabajo en favor de los empresarios. Un órgano judicial capturado por la ideología neoliberal y el autoritarismo social que de ésta emana.

La única virtualidad de esta terrible Sentencia del Tribunal constitucional – que sin embargo cuenta con tres votos disidentes firmados por cuatro magistrados de enorme interés – es la de haber hecho explícita la orientación de la reforma laboral del 2012 como un proceso de regulación de las relaciones laborales en donde los derechos fundamentales de la persona quedan directamente supeditados a la obtención del beneficio empresarial, y que es éste el canon utilizado para determinar el alcance del derecho al trabajo y el derecho a la integridad física de la persona que presta esta actividad. Es una conclusión que revela la crueldad de base que sostiene la explotación del hombre por el hombre amparada por el intérprete de la Constitución. En las discusiones doctrinales y académicas se comprueba esta actitud crítica. Mientras que los comentarios a la jurisprudencia del TJUE sobre la Sentencia **Ruiz Conejero** hablaban de la necesidad de modificar el art. 52 d) ET – en los comentarios fundamentales al respecto de los imprescindibles blogs de **Eduardo Rojo** e **Ignasi Beltrán de Heredia** – en los ácidos comentarios a esta sentencia – desde **Carlos H. Preciado y Joaquín Pérez Rey** hasta **Jesús Lahera** – se propone la supresión de dicho precepto.

Es razonable sostener que este artículo debe desaparecer del ordenamiento laboral. Los sindicatos UGT y CCOO han convocado para mañana, 27 de septiembre, una serie de movilizaciones en forma de concentraciones y debate “contra el despido por enfermar”. Una reivindicación que la nueva configuración política que se abre tras las elecciones del 10 de noviembre deberá necesariamente que tener en cuenta.