

# Objetivo: proteger al empleado enfermo y el interés empresarial

**El fallo del Constitucional que avala el despido objetivo por suma de bajas médicas justificadas debe servir para revisar la regulación actual**

Jesús Lahera Forteza

21 de noviembre de 2019

La mediática Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) del pasado 16 Octubre, que avala la constitucionalidad del despido objetivo por acumulación de bajas médicas justificadas (art.52.d ET), pone, en primera línea del debate político laboral, la errática protección de la enfermedad en el contrato de trabajo.

La baja médica justificada es causa de suspensión contractual, con reserva del puesto de trabajo y acceso a la prestación social de incapacidad temporal (art.169 y ss de la LGSS). La empresa, sin embargo, salvo que se trate de una contingencia profesional, paga la prestación social del enfermo del día 4º al 15º y costea sus cotizaciones sociales durante toda la baja médica (arts.144.4 y 173.1 LGSS). Este desvío de costes de la enfermedad del trabajador hacia la empresa tiene la contrapartida de un sistema que facilita la extinción del contrato de trabajo de dos maneras: a través de este despido objetivo por acumulación de bajas médicas justificadas, en las condiciones del art.52.d ET, y con la ausencia de un despido nulo con readmisión por enfermedad, que facilita despidos improcedentes de enfermos. Este errático sistema parece invitar a un cálculo de costes empresariales entre, de un lado, las prestaciones sociales del enfermo en sus primeros días de baja y todas sus cotizaciones sociales y, de otro, las indemnizaciones de ambas extinciones, 20 días salario/año en la primera vía y 33 días salario/año en la segunda. Desde otra perspectiva, no está bien resuelto el control del fraude en las bajas médicas, lo que multiplica este coste empresarial, dando lugar a probables escenarios de pago de justos por pecadores.

En este contexto normativo, el TC ofrece ahora fundamento constitucional al despido por enfermedad con el argumento de proteger, así, la libertad de empresa en su manifestación de ganancia de productividad. Las condiciones extintivas del art.52.d ET –exclusión de bajas de larga duración y de ausencias específicas por distintas razones especialmente protegidas, y unos umbrales legales ciertos de cómputo– justifican, según el TC, la decisión legislativa de prever este despido objetivo indemnizado, que está protegiendo la defensa de la productividad empresarial; se palía, así, el “gravamen económico que estas ausencias al trabajo suponen para las empresas”, dejando de lado que se trata de bajas médicas justificadas.

Tiene razón jurídica el magnífico voto particular del magistrado Fernando Valdés al cuestionar esta argumentación, mostrando la débil proporcionalidad entre la pérdida de productividad de una empresa y la enfermedad de un trabajador, y al subrayar la contundente prohibición de despido por enfermedad del convenio 158 OIT, apuntando también la desconsideración de cualquier valoración respecto a posibles discriminaciones de enfermos, en línea con la última jurisprudencia europea. Pero el problema de fondo es que el TC, al conectar costes económicos de la enfermedad con su ahorro productivo por las empresas, no hace más que consolidar un sistema que opera desde esta lógica, que minusvalora el bien jurídico social de la protección durante la enfermedad (que, no hay que olvidarlo, nadie elige y es fruto de los azares de la vida), y parece presuponer un fraude generalizado en el absentismo, necesitado de este tipo de medidas de ahorro de costes empresariales. Olvida el TC que los enfermos pueden ser sustituidos por interinos, que el despido por absentismo injustificado es disciplinario y que el despido objetivo puede ser por ineptitud sobrevenida en el propio art.52 ET, si se acredita que una enfermedad causa perjuicio para la empresa, medidas todas ellas que ya aseguran la libertad de empresa en su dimensión de productividad; demasiados olvidos, pero el TC lo hace conscientemente, al estar instalado en esta dinámica de costes entre la enfermedad y la empresa, que parece ni cuestionar.

Esta sentencia debe ser una catarsis y oportunidad para replantear toda la regulación de la enfermedad en el contrato de trabajo con un doble objetivo: proteger más al enfermo en el contrato de trabajo y reducir más los costes empresariales para evitar la presencia de estas válvulas de escape extintivas. Propongo en este sentido medidas concretas. Para lograr proteger más a los enfermos en el contrato de trabajo, derogar este despido objetivo por absentismo justificado del art.52.d ET e imponer la nulidad extintiva en despidos sin causa durante las bajas médicas. Para reducir los costes empresariales, que la prestación de incapacidad temporal sea pagada íntegramente por la Seguridad Social y que esta asuma las cotizaciones empresariales durante toda la duración de la baja médica, facilitando a la empresa la contratación de interinos.

Este plan global es un intercambio entre protección de la enfermedad y de la productividad de la empresa, que ya hace innecesario justificar las fáciles extinciones indemnizadas durante las bajas médicas. El plan supone, va de suyo, un desvío de costes empresariales a la Seguridad Social, en aras de proteger el bien jurídico del trabajo durante las enfermedades. Pero ello cooperaría, por incentivos de interés público, a cambios profundos en el control del fraude de las bajas médicas, el gran problema y asignatura pendiente que subyace en este frío cálculo de costes entre enfermedad y empresa, que se debería superar en una sociedad con nuestros valores.

Jesús Lahera Forteza es Profesor Titular Derecho Trabajo Universidad Complutense