

Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno.

1. En otro de los votos formulados a la sentencia por mi compañero don Fernando Valdés Dal-Ré, de la que disiento se ha desarrollado una amplia argumentación sosteniendo que el art. 52 d) ET resulta contrario al derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 ET, postura que comparto totalmente. Por ello, me limitaré a señalar que el precepto impugnado da carta de naturaleza a un despido no causal, que no obedece a un incumplimiento por parte del trabajador o la trabajadora del contrato de trabajo, en contra de la doctrina que estableció muy tempranamente este Tribunal, sosteniendo la necesaria causalidad del despido, so pena de vulnerar el derecho al trabajo constitucionalmente reconocido. Así, en la STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, se afirmó que el derecho al trabajo, en su aspecto individual, “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”.

A lo anterior he de añadir otra reflexión que pone de manifiesto hasta qué punto en esta norma el legislador ha antepuesto los intereses empresariales a los derechos de los trabajadores. En su redacción inicial, el art. 52 d) no tomaba en consideración sólo los datos de las ausencias del trabajador o trabajadora individualmente considerados (cuya incidencia sobre la productividad de la empresa es escasa, cuando no nula), sino que los ponía en relación con el índice de absentismo del conjunto de la empresa, que es como verdaderamente se podía manifestar la existencia de un fenómeno de absentismo en el seno de la empresa que pudiera afectar a su productividad. Sin embargo, el precepto se modifica en virtud del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, excluye los datos del conjunto de los trabajadores y se centra exclusivamente en los datos individuales del afectado o afectada por la medida extintiva de la relación laboral. Lo llamativo, es que el referido Real Decreto-ley no explica el porqué de esta concreta modificación. Se limita a señalar que “los despidos objetivos por las mismas causas

han venido caracterizándose por una ambivalente doctrina judicial y jurisprudencial, en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que estaría destinado a cumplir como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas. Lo que seguramente explica que las empresas se decantaran a menudo por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir su procedencia, debiendo, por tanto, abonar la indemnización por despido improcedente más el coste adicional que suponían los salarios de tramitación”. Es decir, se reconoce meridianamente que se reforma el Estatuto de los Trabajadores para facilitar los despidos por causas objetivas, 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. La reforma se descalifica por sí sola desde el punto de vista constitucional.

2. Mi segunda discrepancia estriba en la utilización de la libertad de empresa garantizada en el art. 38 CE como fundamento de la decisión extintiva del contrato de trabajo del art. 52 d) ET, y su articulación como medio para combatir el absentismo laboral. Refiriéndose al contenido de la libertad consagrada en el art. 38 CE, este Tribunal ha dicho que no reconoce “el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden” (por todas, STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3). De esta manera, si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general, por lo que no cualquier aspecto puede entenderse como un desarrollo del art. 38 CE, como ya dijo este Tribunal al excluir del mismo, por ejemplo, la libertad de horarios comerciales [STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 B)]. La libertad de empresa que el art. 38 CE reconoce ha de ser entendida, pues, como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado, y cuyo

respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; y 64/1990, de 5 de abril, FJ 4), pero no puede considerarse como un derecho absoluto e incondicionado (SSTC 108/2014, de 26 de junio, FJ 3; y 53/2014, de 10 de abril, FJ 7). Esto es, del art. 38 CE no puede derivarse sin más “el derecho a acometer cualquier empresa” o a ejercerla sin traba ni limitación de ningún tipo (STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3).

De todo ello se desprende que no cabe encajar en el art. 38 CE cualquier actividad o decisión empresarial, y, especialmente, en lo que al presente asunto concierne, aquellas dirigidas a controlar el absentismo laboral a través de decisiones extintivas de los contratos de los trabajadores. El control del absentismo es una cuestión que se refiere al funcionamiento interno, a la organización, pero que no adquiere una dimensión constitucional que pueda tener en cuenta el art. 38 CE. Podrá llevarse a cabo a través de distintos instrumentos o mecanismos de gestión empresarial, pero no a través de despidos carentes de causa, que tropiezan, como ya he dicho antes, con la garantía constitucional del derecho al trabajo del art. 35.1 CE, en la extensión que le ha reconocido este Tribunal, y que, en cualquier caso, no pueden encontrar nunca amparo en la libertad de empresa del art. 38 CE.

3. Tampoco puedo compartir la exclusión que hace la sentencia del análisis de la posible vulneración por el art. 52 d) ET del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, incumbiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, puesto en relación, necesariamente, con el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, pues es evidente el riesgo que el precepto supone para dicha integridad, como ha razonado el auto de planteamiento de la cuestión. La propia STC 220/2005, de 12 de septiembre, citada en la sentencia aprobada por la mayoría, menciona la dimensión positiva del derecho fundamental a “la integridad física y moral”, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, “razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). De ahí que para poder apreciar la aducida vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido STC

221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, entre otras)”, lo que sucede cuando se genera un peligro grave y cierto para la salud del afectado (FJ 4).

Por otro lado, es cierto que este Tribunal tiene declarado que el derecho a la salud recogido en el artículo 43 CE es un mandato que ha quedado constitucionalmente enunciado como principio rector y no como derecho fundamental, y, por tanto, es el legislador quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo su plasmación (STC 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5). Ahora bien, 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. Por el contrario, el “reconocimiento, respeto y protección” de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I, informarán “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, según ordena el artículo 53.3 CE. Esta declaración constitucional impide considerar a tales principios como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales, como de las leyes (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6). O, en otros términos, “al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 CE” (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11; y 233/2015, de 5 de noviembre).

Pues bien, no puedo asumir que la libertad de empresa o la defensa de la productividad -con una más que discutible invocación del art. 38 CE-, puedan ser antepuestas al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores y trabajadoras, y a un valor tan esencial como es la protección de la salud humana, que tan directa relación presenta, como ya he señalado, con los derechos del art. 15 CE. Y a eso es a lo que conduce el entendimiento del art. 52 d) ET que se efectúa en la sentencia de la que disiento. Como señala el órgano promotor de la cuestión, pueden dar lugar a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas al amparo de dicho precepto ausencias justificadas derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración, incluso existiendo bajas médicas, lo que empujaría a los trabajadores y trabajadoras a prescindir del cuidado de su salud para no faltar al trabajo (especialmente a aquellos que más dificultad de reinserción en el mercado laboral presentan), pudiendo llegar ello, incluso, a producir graves consecuencias para su salud individual, aparte de ser susceptible de generar serios riesgos de salud pública. Un simple proceso gripal, por ejemplo, puede llenar por sí solo faltas de asistencia que supongan un veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, y es un supuesto en el que la primera recomendación de las autoridades sanitarias es permanecer en el

domicilio propio para evitar males mayores, sobre todo en personas con enfermedades crónicas, aparte del riesgo de contagio y propagación de la enfermedad. ¿Qué es constitucionalmente más relevante entonces, la protección de la integridad física y de la salud individual así como de la salud pública o la defensa de la productividad de una empresa? Sin lugar a dudas, lo primero.

Hay que tener en cuenta, además, lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT, ratificado por España por instrumento de 18 de febrero de 1985, cuyo art. 6.1 dispone que “la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”. Y aunque, como se señala en la sentencia de la que disiento, el apartado 2 del mismo artículo prevea 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 propio precepto serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio, ello no puede conducir hasta el extremo de que, bajo su amparo, se establezcan por el legislador o en convenio colectivo limitaciones que desvirtúen de manera absoluta el sentido de la regla del apartado 1, que es el efecto que produce el art. 52 d) ET cuando se aplica -como es el caso- ante ausencias que obedecen a enfermedad o lesión que ha dado lugar a bajas laborales, máxime cuando el legislador no ha determinado en ningún caso que esas limitaciones vayan dirigidas a modular el citado precepto del Convenio 158 de la OIT.

El supuesto de la actora en el procedimiento *a quo* es un ejemplo paradigmático de lo que los arts. 15 y 43 CE no deben permitir al legislador, o que, en todo caso, han de motivar una ponderación por parte del órgano judicial que rechace la posibilidad de aplicar el art. 52 d), por más que se invoque que la (dudosa) finalidad que se persigue es la defensa de la productividad a través del combate contra el absentismo. Según se señala en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la actora padece “voluminosa hernia discal centrolateral izquierda migrada, que ejercer notoria compresión sacroradicular, que le produce lumbociatalgia, discopatía L3-L4 y L5-S1”. No está de más señalar que prácticamente la totalidad de sus ausencias estaban justificadas por baja laboral o asistencia a consulta médica, y que, en concreto, las ausencias que suponen el 20% de los días hábiles en dos meses están motivadas por bajas laborales debidas a lumbago, que es algo que está relacionado con sus padecimientos de espalda, los cuales no se ven precisamente favorecidos por su trabajo sedentario de teleoperadora, que ejerce durante siete horas diarias. Permitir que se aplique en casos así la causa de extinción objetiva del art. 52 d) ET contraviene frontalmente el derecho que reconoce el art. 43.1 en conexión con el art. 15 CE, y con el necesario respeto a la dignidad

de la persona a que se refiere el art. 10.1 CE, como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Con ese diagnóstico es evidente que si la trabajadora siguiera acudiendo al trabajo aquellos días en que sufría procesos derivados de sus dolencias para evitar incurrir en la causa de despido del art. 52 d) ET, que pendía sobre ella como una amenaza, correría un riesgo cierto y grave de empeoramiento de su lesión, con una innegable afeción de su derecho a la integridad física.

Quiero significar, en esta misma línea, que la STJUE de 18 de enero de 2018, c. Ruiz Conejero (asunto C-270/16) -citada en la sentencia aprobada por la mayoría como un argumento más en pro de la desestimación de la cuestión- permite otras lecturas más conformes con la Constitución a la hora de aplicar el art. 52 d) ET y de enjuiciar su aplicación. A partir del concepto de “discapacidad” que se fija en su párrafo 28, en el sentido de la Directiva 2000/78 (“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”), y después de señalar que la regla del art. 52 d) ET puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad, y de este modo suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, en el sentido del art. 2.2, letra b) de la Directiva 2000/78 (§ 39), deja en manos del órgano jurisdiccional la verificación de si los medios aplicados por la normativa nacional para combatir el absentismo laboral son adecuados, de si los datos numéricos establecidos en el precepto cuestionado se han concebido efectivamente para responder a esa finalidad, tomando en cuenta todos los demás aspectos relevantes para efectuar tal verificación, en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral, si el precepto tiene, respecto a los empresarios, el efecto de un incentivo para la contratación, y si los medios previstos en el mismo no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida, situando el precepto en el contexto en el que se inscribe y tomando en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a que se refiere, así como si el legislador español no ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieran, en particular a los trabajadores con discapacidad (§§ 44 a 51). En definitiva, lo que el TJUE señala es que, en los casos de aplicación del art. 52 d) ET, será el órgano jurisdiccional el que deberá evaluar, respecto de las personas con discapacidad, si los medios previstos en dicho precepto no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida de combatir el absentismo (§ 56), ya que dicha finalidad constituye la única excepción a la conclusión que se alcanza en la sentencia del TJUE: que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva

2000/78 se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador (§ 57), por lo cual debe comprobarse siempre que la medida responda realmente a aquella finalidad.

4. Aún más importante que los anteriores aspectos me parece el hecho, evidente a mi modo de ver, de que la norma incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo que la sentencia de la que disiento no ha sido capaz de apreciar, aun siendo incontestable su evidencia.

El órgano cuestionante, como consecuencia de la ya mencionada STJUE de 18 de enero de 2018, señala que parece quedar excluida la discriminación por razón de discapacidad, pero no llega a igual conclusión respecto de la discriminación por razón de sexo. Además, el planteamiento de este extremo se encuentra presente implícitamente en la invocación por parte del auto de planteamiento del art. 35.1 CE, ya que este precepto, al reconocer el derecho al trabajo y los demás derechos que enuncia, precisa en su inciso final que en ningún caso puede “hacerse discriminación por razón de sexo”.

El análisis de la cuestión desde esta perspectiva no ha sido abordado por la sentencia aprobada por la mayoría, a pesar de que es un aspecto ya tratado por nuestra doctrina, incluso muy recientemente. En efecto, ya dijo este Tribunal en la STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2, que la particular prohibición constitucional de discriminación por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado, objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, “se conecta también con la noción sustancial de igualdad”. Y esta conexión “permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.

No puedo dejar de hacer referencia aquí a la muy reciente STC 91/2019, de 2 de julio, que ha tratado en profundidad la cuestión de la prohibición de la discriminación indirecta por

razón de sexo. Especialmente relevante es su FJ 4 c), que trata este aspecto en los siguientes términos:

«respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 4; 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6; y 253/2004, ya citada, FJ 7).

En la actualidad, el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo se encuentra expresamente recogido tanto en el Derecho de la Unión Europea [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] como en el ordenamiento interno (art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ley que incorpora el acervo comunitario sobre igualdad de sexos).

En la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 3/2007 se destaca la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y de la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y sus suministros; la Directiva 2002/73/CE está actualmente refundida en la citada Directiva 2006/54/CE.

Asimismo en su art. 6.2, define la discriminación indirecta por razón de sexo como “la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que las medidas para alcanzar dicha finalidad sean necesarias y adecuadas.”

De igual modo, debemos señalar que, cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. En suma, como afirmamos en la STC 253/2004, “en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres,

respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho” (FJ 7).

La incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6), ya sean datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de inconstitucionalidad o datos estadísticos actualizados de oficio por el Tribunal (STC 253/2004, FJ 8)».

Pues bien, cuando, siguiendo la doctrina establecida en dicha sentencia, acudimos a los datos estadísticos que nos ofrecen el INE y otros estudios oficiales, llegamos a la inequívoca conclusión de que existe una discriminación indirecta por razón de sexo en el art. 52 d), por afectar en mayor medida a la mujer, debido a las negativas consecuencias que tiene su doble jornada, es decir, su mayor dedicación al cuidado de los hijos, de los discapacitados y los dependientes (ascendientes y descendientes), junto a su jornada laboral, lo que conlleva también una afección sobre su salud, incidiendo todas esas circunstancias de manera negativa en su actividad laboral.

En este sentido, son ejemplificadoras las siguientes cifras:

A) Según un estudio realizado por la Universidad Carlos III de Madrid en marzo de 2009 (financiado por el Ministerio de Trabajo en Inmigración), las mujeres presentan mayores episodios de incapacidad laboral temporal en el período considerado (2005-2006), siendo el sexo una circunstancia muy relevante para caracterizar la incapacidad temporal. Los autores del estudio encuentran como interpretación plausible de este dato el hecho de que las mujeres sufren más de ciertas enfermedades o accidentes debido a que reparten su tiempo en mayor medida que el hombre entre la actividad laboral y las tareas domésticas, tales como el cuidado de los hijos menores o de otros miembros dependientes en el hogar.

Un estudio más reciente (VII informe Adecco sobre absentismo), de junio de 2018, señala que, de las bajas en procesos por incapacidad temporal por procesos comunes en 2017, un 55% son cursadas por mujeres, mientras que los hombres cursan un 45%. La incidencia de las bajas se incrementa considerablemente a medida que aumenta la edad, alcanzándose en los mayores de 49 años un índice de 1692 días de baja por cada 100 hombres y de 2237 días por cada 100 mujeres. El informe se refiere también a la particular incidencia de los procesos fisiológicos hormonales que padecen las mujeres, que, en ocasiones, producen molestias que pueden llevar a la baja por incapacidad temporal por riesgos comunes o ausencias esporádicas injustificadas, provocadas por el malestar general que algunas mujeres sufren mensualmente,

por los cambios provocados por la menopausia o, incluso, por el aumento de dolores musculoesqueléticos que la propia fisiología femenina provoca. Todo lo cual puede llevar a la necesidad de solicitar la baja por incapacidad temporal durante un corto periodo de tiempo o a ausentarse del puesto de trabajo, lo que, por razones obvias, no ocurre con los trabajadores. A estas causas se unen otras que influyen en el incremento de la tasa de absentismo femenino, como son las relativas a la conciliación de la vida familiar y laboral, y a los efectos que produce en la salud la asunción de la doble jornada laboral y familiar, porque, como se pondrá de relieve con los datos que expongo a continuación, la implicación de la mujer en la vida familiar sigue siendo muy superior a la del hombre.

B) En segundo lugar, de los datos que ofrece el INE se desprende que el número de hogares monoparentales en 2018 en los que el progenitor es una mujer asciende a 1.538.200 (81,88%), frente a los 340.300 (18,12%) en los que el progenitor es un varón. Por consiguiente, la implicación de la mujer en el cuidado de los hijos en estos casos a todos los niveles es muchísimo mayor que en el supuesto de los hombres, conllevando mayor dedicación en supuestos de enfermedad, necesidades escolares, alimentación, etc., todo lo cual ha de repercutir necesariamente de manera negativa en el desarrollo de su actividad laboral.

C) Por otra parte, también según el INE, el número de personas ocupadas entre 18 y 64 años con hijos propios o de la pareja menores de 15 años, respecto de las que el cuidado de esos hijos produce efectos sobre su empleo es de 1.058.500 (34,82%) en el caso de las mujeres, y de 550.900 (14,81%) en el caso de los hombres. Entre esos efectos, el más significativo es el de la reducción del número de horas de trabajo, que afecta a 627.200 mujeres y tan sólo a 113.600 hombres.

También es significativo el número de niños en las primeras etapas de la vida cuya madre está trabajando: de 0 a 3 años, 829.900; de 3 a 12 años, 2.505.400.

D) Finalmente, en el caso del último estudio sobre discapacidad y dependencia realizado por el INE, el número de discapacitados y dependientes cuyo cuidador principal es una mujer asciende a 1.198.100, mientras que los cuidados por hombres ascienden a 378.200. De todos ellos, son cuidados por mujeres que trabajan 414.700, mientras que 117.100 son cuidados por varones que trabajan. La incidencia que esos cuidados producen en la actividad laboral de los cuidadores es la siguiente:

- Tienen problemas para cumplir sus horarios: 72.500 mujeres y 20.000 varones.

- Su vida profesional se resiente: 83.600 mujeres y 26.800 varones.
- Ha tenido que reducir su jornada laboral: 63.700 mujeres y 16.700 varones.

Recapitulando, de las personas cuidadoras que ven afectado su trabajo, 219.800 son mujeres y 63.500 son hombres.

A estos datos se ha de añadir otro bien significativo: según la OIT, una de cada cuatro mujeres en edad laboral no puede trabajar por dedicarse exclusivamente al cuidado de un enfermo.

Los datos expuestos son expresivos de una clara realidad social, que muestra que, aunque se haya producido una cierta evolución, con una mayor incorporación de la mujer al ámbito laboral, los roles tradicionales siguen manteniéndose, y que las mujeres sufren en mucha mayor medida que los hombres la carga de la doble jornada, laboral y familiar. Y esa situación repercute notablemente en su salud y en su actividad laboral, lo que, unido a sus condiciones fisiológicas, las deja expuestas en mucha mayor medida a sufrir bajas por incapacidad laboral de corta duración o a faltas de asistencia debidas a sus cargas familiares, que pueden quedar sometidas a la aplicación del art. 52 d) ET. Por todo ello, es preciso concluir afirmando que el citado precepto incurre en una clara discriminación indirecta por razón de sexo, lo cual debería haber conducido a este Tribunal a declarar su inconstitucionalidad también (y especialmente) por este motivo.

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil diecinueve.