

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL***Sentencia 118/2019, de 16 de octubre de 2019**Pleno**Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960/2019**(BOE de 20 de noviembre de 2019)***SUMARIO:**

Derecho a la integridad física, al trabajo y a la protección de la salud. Despido objetivo por faltas de asistencia (absentismo laboral). Derecho a la libertad de empresa. Ausencias por motivos de salud justificados. *Cuestión de inconstitucionalidad en la que el órgano promotor considera que con la regulación de la disposición legal (art. 52 d) TRET) 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.* Entiende el Tribunal que la regulación contenida en dicho precepto responde al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, interpretación ésta corroborada por los razonamientos contenidos en la STJUE de 18 de enero de 2018, Asunto C-270/16, Ruiz Conejero, y que deben ser tenidos en consideración ex artículo 10.2 CE, donde entiende el Tribunal comunitario que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima dado que se trata de una medida de política de empleo, al incidir en los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas. **Pretendida vulneración del derecho a la integridad física del trabajador.** Para que pudiera apreciarse la vulneración del artículo 15 CE por el supuesto de la norma ahora cuestionada sería necesario que se produjera una actuación empresarial de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador. En el caso del artículo 52 d) TRET no cabe advertir que pueda dar lugar a ninguna actuación empresarial de la que derive riesgo a que se produzca 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. Para ello hay que tener en cuenta, además, que el legislador ha excluido en el propio artículo 52 d) 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. Las ausencias que puedan dar lugar a la aplicación del precepto serían las derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración. En definitiva, debe entenderse que el artículo cuestionado no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados y la decisión de despedir 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 artículo 52 d) TRET pueda reputarse contrario al artículo 15 CE. **Pretendida vulneración del derecho a la protección de la salud.** No concurre tal vulneración pues 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 y la protección de la salud y seguridad de los trabajadores. **Pretendida vulneración del derecho al trabajo.** Se descarta tal vulneración dado que 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. Corresponde a la jurisdicción social controlar que la decisión empresarial 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. **Votos particulares.**

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 15, 35.1 y 43.

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 52 d).

PONENTE:

Don Andrés Ollero Tassara.

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 concorra 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, despidiera a un trabajador con motivo del número de veces que en un determinado período 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 del 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.

FALLO

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.

VOTO PARTICULAR que formula el magistrado DON JUAN ANTONIO XIOL RÍOS respecto de la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con su fundamentación jurídica y con su fallo, que considero que hubiera debido ser estimatorio por las vulneraciones de los arts. 15, 43 y 35.1 CE.

Mi discrepancia con la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con la vulneración de los arts. 15 y 43 CE resulta coincidente con la expuesta en el voto particular formulado por la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, al que me adhiero respecto de ese particular.

Por su parte, mi discrepancia con la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con la vulneración del art. 35.1 CE resulta coincidente con la expuesta en el voto particular formulado por el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que me adhiero respecto de ese particular.

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil diecinueve.

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 parágrafo 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.

VOTO PARTICULAR que formula el magistrado DON FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ a la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019, al que se adhiere el magistrado DON CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN

1. Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada por el Pleno de este Tribunal. Entiendo, por las razones que de inmediato se expondrán, que la resolución debería haber resultado estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del art. 35.1 CE.

2. El órgano judicial proponente aduce tres preceptos constitucionales como posibles fundamentos de la inconstitucionalidad del art. 52 d) LET: los arts. 15, 43 y 35.1 CE.

Nada quiero objetar a la resolución del Tribunal en cuanto atañe al derecho fundamental a la integridad física del art. 15 CE, pues es lo cierto que se trata de un régimen legal sobre extinción contractual que no repercute directamente contra la salud y que, incluso si la anterior afirmación fuera cuestionable, no parece que acarree la "gravedad" que para la conexión entre los arts. 15 y 43 CE hemos exigido en nuestra doctrina.

Tampoco percibo la vulneración directa del art. 43 CE, ya que no hay una exclusión de la prestación sanitaria correspondiente, que estimo sería lo que desde ese precepto debería en esencia garantizarse en situaciones de enfermedad como las subsumibles en la norma cuestionada.

3. Diferente conclusión alcanzo en lo que se refiere al derecho al trabajo del art. 35.1 CE.

Antes de llegar a ello o precisamente para encuadrarlo, será de todo conveniente efectuar unas reflexiones iniciales, destacando de entrada que la salud late y subyace intensamente en el debate de constitucionalidad que nos convoca. Como argumentara la STC 139/2016, de 22 de julio, la naturaleza del derecho a la salud (art. 43 CE) como principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la CE no implica que esa previsión constitucional constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que la informen. En la medida en que el mencionado derecho está en la base del régimen extintivo cuestionado, vinculándose por tanto al derecho al trabajo del art. 35.1 CE, el juicio de constitucionalidad ha de atender a esta conexión.

Tan notable es la relevancia de la protección de la salud que este Tribunal Constitucional, pese a su carácter de principio rector de la política social y económica, ha fortalecido su tutela relacionándola con derechos fundamentales de forma directa o mediata, señaladamente en procesos de amparo. Por ese lado, y más allá del resultado en cada pronunciamiento en función de las circunstancias concurrentes y aunque ese principio rector no sea susceptible de amparo, esa relación ha alcanzado alto protagonismo tuitivo por su enlace con derechos fundamentales. De ello nacen las conexiones directas hechas entre el art. 43.1 CE y el art. 15 CE (STC 53/1985, de 11 de abril, 120/1990, de 27 de junio, 35/1996, de 11 de marzo, 119/2001, de 24 de mayo, 16/2004, de 23 de febrero, 220/2005, de 12 de septiembre, 62/2007, de 27 de marzo, 160/2007, de 2 de julio, o 150/2011, de 29 de septiembre) o el art. 21 CE (STC 195/2003, de 27 de octubre y 193/2011, de 12 de diciembre), pero también otros enlaces, que podríamos calificar como indirectos o mediatos, que ha efectuado nuestra jurisprudencia con la prohibición de discriminación (STC 62/2008, de 26 de mayo) o con la intimidad personal (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre), señaladamente.

La importancia atribuida a la salud y su protección ha provocado el fortalecimiento de cánones de control de constitucionalidad, incluso de los tradicionalmente menos penetrantes, como el propio del art. 24.1 CE en el deber de motivación de las resoluciones judiciales (en ese sentido, STC 95/2000, de 10 de abril), dando lugar, cuando están en juego principios como el que nos ocupa de la protección de la salud, a un deber judicial de consideración reforzada de ese derecho fundamental. Una tutela reforzada que se acerca a una exigencia de corrección constitucional de la interpretación judicial desde la orientación que el art. 43.1 CE impone a todo operador jurídico.

Aunque se aceptara en el número anterior que ni existe aquí la afectación directa y grave que el art. 15 CE requiere, ni tampoco un déficit prestacional asociado al art. 43.1 CE, lo anterior alegado sirve para subrayar que, cuando la salud está en juego, el test de constitucionalidad no puede mirar de modo desapercibido, como si cualquier circunstancia o referencia objetiva permitiera dañar, de forma directa o indirecta, la cobertura a la que la Constitución orienta.

Desde ello, como de inmediato alegaré, la lectura del art. 35.1 CE, en su vertiente de derecho al mantenimiento y continuidad en el puesto de trabajo, requiere de una atención profunda y tuitiva, sensible, por la necesaria protección y atención a la salud que, también en el curso de la relación laboral, queda comprometida.

4. La Sentencia aprobada por el Pleno del Tribunal considera que la vulneración del art. 35.1 CE no se produce. Lo hace con base en esta síntesis de razones: (i) la norma legal cuestionada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota de objetividad y certidumbre a la causa extintiva del absentismo laboral; (ii) el precepto cuestionado pondera los intereses en conflicto, toda vez que fija los supuestos que no pueden ser computados como faltas de asistencia al trabajo a los efectos de permitir la decisión extintiva empresarial, contemplándose además la revisión judicial de la decisión, de modo que no sería posible apreciar desde esta perspectiva (causalidad del despido, se entiende) “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”; (iii) la limitación del derecho al trabajo que la norma implica, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, “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”; esto es, el derecho al trabajo puede quedar sujeto a limitaciones justificadas cuando entra en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa, ya que esta puede “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”; (iv) el objetivo de paliar el gravamen económico que las ausencias de trabajo suponen para las empresas, y atañe a la defensa de la productividad de la empresa (art. 38 CE), sin que la norma enjuiciada haya olvidado además otros intereses relevantes en conflicto, pues “contiene unas excepciones muy cualificadas”, que la Sentencia cita por referencia a la previsión legal; (v) la norma no contradice el art. 6 del Convenio 158 de la OIT, pues de este se desprende que el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones al régimen jurídico previsto, como habría hecho efectivamente mediante la regulación contenida en el art. 52 d) LET.

En suma, como con claridad sintetiza el último párrafo del FJ de la Sentencia, la tesis del Pleno consiste en que no hay vulneración del art. 35.1 CE, en la limitación que sufre el derecho al trabajo, porque es legítimo combatir el absentismo laboral al amparo de la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) si se ponderan los derechos e intereses en conflicto, garantía que se dice quedaría cumplida con la excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato de trabajo por absentismo, con la previsión de la correspondiente indemnización al trabajador en caso de que el empresario opte por la decisión extintiva, y con la posibilidad de impugnación de la extinción ante la jurisdicción social.

5. Hay algunas objeciones muy primarias frente a la argumentación descrita, que lamento tener que enunciar por resultar rudimentarias, pero el texto aprobado me obliga a ello, por obvias que puedan parecer.

a) Como correctamente recuerda la resolución aprobada, 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” (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8; y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Pues bien, no es la existencia de causa objetivada en la norma, sino de “justa” causa, lo que reclama nuestra constante e invariable jurisprudencia. En consecuencia, declarar que la norma legal objetiva una causa extintiva y no examinar si la regulación responde efectivamente a aquel calificativo es lo mismo que no hacer un examen de constitucionalidad ex art. 35.1 CE.

b) Del mismo modo, equivale a no hacer un examen de constitucionalidad afirmar que el absentismo laboral como causa extintiva se regula previendo excepciones en la norma, puesto que lo relevante no será esa circunstancia sino si la excepción no prevista en este caso, que es la que resulta objeto de la controversia,

determina una inconstitucionalidad de la norma (por omisión) de acuerdo a aquel calificativo de la causa o es, en cambio, compatible con la cobertura constitucional que ofrece el derecho del art. 35.1 CE.

c) Tampoco supone un examen de constitucionalidad sobre la “justa causa” declarar que los objetivos de combatir el absentismo laboral o de reducir costes son legítimos o que atañe a la defensa de la productividad de la empresa. Es tan obvio que esa causa es legítima como que no puede implementarse como fundamento de un despido de cualquier modo o forma, con cualquier diseño o conformación, pues en ello deberá respetar la Constitución, y, por consiguiente, el derecho al trabajo y la justa causa extintiva en particular.

d) Es también patente que a este Tribunal no le corresponde 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. Pero lo es igualmente que el legislador, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el texto constitucional, no puede sobrepasar el margen razonable de libertad que le reconoce el art. 35 CE en la regulación del “absentismo extintivo”, de modo que decir lo primero tampoco supone un examen de la “justa causa” resolutoria del contrato de trabajo tal y como es formulada en la norma. Es tan obvio que debería ser impropio tener la necesidad de recordarlo.

e) En fin, que la decisión extintiva cuente con un régimen indemnizatorio o con una reacción adecuada reconocida, pudiendo ser objeto de la revisión judicial imprescindible, tampoco aporta nada sobre la viabilidad constitucional sustantiva del régimen jurídico diseñado en el art. 52 d) LET, que solo se verifica materialmente si este Tribunal examina si es “justa” la causa, y no si declara que existe causa en la norma o que la causa es revisable o potencialmente generadora de compensación.

En definitiva, el objetivo de combatir el absentismo es legítimo, el establecimiento de un régimen de causalidad extintiva ligado a él es posible, la determinación de excepciones al cómputo de su producción es una opción de regulación legítima (en verdad, inexcusable ex art. 35.1 CE) y la existencia de una indemnización y de una reacción potencial en vía jurisdiccional resultan imprescindibles; pero nada de sustantiva argumentación aporta un control de constitucionalidad sobre el régimen jurídico cuestionado desde el prisma del art. 35.1 CE, dado que este solo puede llevarse a cabo analizando la concurrencia del primero y esencial de los requisitos que impone el respeto del derecho individual al trabajo enunciado en el art. 35.1 CE: la justa causa de la decisión extintiva. Y esta exigencia no depende en absoluto de esos factores, sino de la “calificación” de la causa como “justa o no justa” partiendo de la veracidad de todos aquellos elementos.

6. Quiero referirme con mayor detalle a la letra b) del apartado anterior; esto es, a la inconstitucionalidad por omisión ex art. 35.1 CE que enuncié y que a mi parecer concurre en este caso al no incluirse entre las excepciones contenidas en la norma cuestionada aquellas ausencias intermitentes de corta duración derivadas de enfermedad justificada por el trabajador. Como es sabido, la inconstitucionalidad por omisión “sólo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella” (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ10). Esa circunstancia provoca que, por ejemplo, por la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución, será improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4).

En cambio, no cabe alcanzar la misma conclusión cuando se trata de un derecho cuasi-fundamental, como el derecho al trabajo del art. 35.1 CE. Primero y básicamente porque el propio art. 53.1 CE subraya la exigibilidad de su contenido esencial, en tanto que derecho reconocido en el Capítulo segundo del Título primero. Y además, por si hubiera aun alguna duda, porque el propio Tribunal se ha ocupado de garantizar con toda determinación la tutela de ese contenido esencial, no habiendo dudado en vincularlo con derechos de la Sección Primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución, protegido por el proceso constitucional de amparo, pese a no ser susceptible el derecho al trabajo de esa tutela por no encontrarse ubicado el art. 35.1 CE en ella sino en la Sección Segunda del dicho Capítulo Segundo del Título I CE, entre los denominados derechos y deberes de los ciudadanos. Bien a prueba de esta afirmación lo ofrecen las SSTC 22/1981, de 2 de julio, 192/2003, de 27 de octubre, o la serie de SSTC 99, 100, 117 y 137/2001.

El contenido de todos esos pronunciamientos, y antes todavía el enunciado del art. 53.1 CE, desvela la exigibilidad del contenido esencial del derecho al trabajo del art. 35.1 CE y, con ello, la posible inconstitucionalidad por omisión de la que hablo.

Situados ya en ese campo, se activa la cobertura que ese derecho ofrece y las garantías que impone. Como tuve ocasión de razonar en el voto particular que formulé a la STC 119/2014, de 16 de julio, de acuerdo con una interpretación sistemática del conjunto de derechos laborales, individuales y colectivos, reconocidos a lo largo del articulado de nuestra Carta Magna y origen del proceso de constitucionalización del Derecho del trabajo, la lacónica expresión “derecho al trabajo” del art. 35.1 CE obliga a los poderes públicos y, en especial, al legislador a la aprobación de normas y a la promoción de acciones políticas enderezadas a facilitar la creación, no de cualquier trabajo, sino, por expresarlo en los términos postulados por la OIT, de un trabajo “decente” o digno; esto es, un trabajo productivo realizado en condiciones de libertad, equidad y seguridad, que permita al trabajador el desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad (art. 10.1 CE) en un marco jurídico en el que los derechos de los trabajadores sean reconocidos y activamente defendidos y los propios trabajadores cuenten con una adecuada protección social.

En esa dirección de reconocimiento del art. 35.1 CE y sus coberturas, la STC 22/1981, de 2 de julio, con ocasión del conocimiento y resolución de una cuestión de inconstitucionalidad contra la entonces disposición adicional quinta del estatuto de los trabajadores-1980 que establecía la jubilación forzosa a los 69 años, hubo de pronunciarse acerca de la vulneración por aquel pasaje estatutario de los arts. 14 y 35 CE. En relación con este último, el Tribunal dejó escrito que integran el “contenido” del apartado primero no sólo la libertad de trabajar, sino “también el derecho a un puesto de trabajo” que, en “su vertiente 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” (FJ 8).

En consecuencia, al diseñar o reformar el régimen jurídico del despido, el legislador no puede desconocer el derecho al trabajo ex art. 35.1 CE, cuyo contenido esencial debe ser respetado en todo caso, tal y como obliga el art. 53.1 del propio texto constitucional. El proceso de juridificación del despido, que se ha ido desarrollando desde los orígenes del contrato de trabajo, no solo se consolida tras la Constitución, sin posibilidad de volver a sus orígenes del desistimiento ad nutum o despido libre, sino que su regulación y, en su caso, sus reformas solo pueden ir dirigidas en una sola dirección: adecuar sus reglas y la interpretación de las mismas a las exigencias constitucionales.

Además de las consecuencias de la doctrina constitucional reseñada, no pueden olvidarse tampoco los condicionamientos internacionales y comunitarios, que me permitiré en esta ocasión remitir a lo que señalé en aquel voto particular mencionado. Quizá convenga sin embargo recordar singularmente el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 158 de 1982 sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, al que se une la recomendación núm. 166 de igual fecha y título, habiendo venido a sustituir uno y otra a la recomendación de 1963. De este muy relevante convenio, que fue ratificado por España el 16 de febrero de 1985 y, por tanto, integrado en nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 CE), cabe destacar el enunciado de su art. 4 a tenor del cual: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Por lo demás, la invocación que hace la sentencia del párrafo segundo de este mismo precepto no desactiva las eventuales vulneraciones que los legisladores nacionales puedan hacer a los derechos reconocidos en sus textos constitucionales; o, en otras palabras, el art. 6.2 no autorizaba al legislador nacional a establecer la causa extintiva enjuiciada, en la medida en que dicha causa lesiona el art. 35.1. Obvio es recordar que la Constitución y el contenido esencial de los derechos actúan como límites infranqueables para el legislador ordinario, límites estos que en modo alguno pueden decaer a través de la interpretación que del art. 6.2 del Convenio 158 OIT hace la sentencia de mi discrepancia.

Lo alegado sirve para acreditar que, por legítimo que sea el objetivo de combatir el absentismo, el establecimiento de un régimen de causalidad extintiva ligado a él debe respetar el contenido esencial del art. 35.1 CE, sin que enunciar la propia legitimidad de la vocación de actuar contra aquel sea suficiente para justificar el límite al derecho constitucional que nos ocupa, o la objetivación de un régimen jurídico con determinadas excepciones. Aquí no se cuestionan las excepciones reguladas sino aquella que se controvierte y no está contenida en la norma, pese al tratarse de estados de enfermedad justificados y ajenos a la voluntad del trabajador [faltas de asistencia “aun justificadas” dice el artículo 52 d) LET]. El debate, en suma, consistía en determinar si excluir esas enfermedades intermitentes y justificadas era compatible con el art. 35.1 CE en su

exigencia de justa causa extintiva. Y sobre eso nada dice la Sentencia a la que me opongo, limitándose a derivar el discurso hacia la existencia de otras excepciones, sin abordar verdaderamente la legitimidad constitucional de la exclusión (omisión), en contraste con la garantía de justa causa extintiva, de la que es objeto de enjuiciamiento.

7. De la argumentación de la Sentencia solo queda a mi juicio en pie, después de lo dicho, la invocación del art. 38 CE, como pretendido fundamento de la limitación que sufre el derecho al trabajo del art. 35.1 CE.

En la STC 119/2014, de 16 de julio, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, inicio el Tribunal una criticable línea que, como era de esperar, desemboca en pronunciamientos como el que es ahora objeto de mi discrepancia, limitativos e insensibles con el patrimonio jurídico de los trabajadores.

Con la alusión repetida y constante al libre margen legislativo en el ámbito de coberturas sociales, a la crisis económica o, también, como ahora me importa destacar, a la libertad de empresa, los razonamientos del Tribunal se acaban situando tantas veces en factores ajenos y externos a los derechos verdaderamente comprometidos, considerando aquellos como índices o exponentes de referencia aptos para la delimitación al contenido esencial de los derechos fundamentales. Se olvida con ello, a mi parecer, que el artículo 53 CE sitúa la tutela y delimitación de los derechos del Capítulo segundo del Título primero en su “contenido esencial”, sin que nada ajeno a este pueda por tanto constreñirlos. Aquellos otros parámetros o coyunturas aparentemente protagonistas del juicio de constitucionalidad no podrían ser fuentes motivadoras de la respuesta constitucional, aunque adquieran en cada vez más pronunciamientos esa condición.

En concreto, como he anticipado, constato una tendencia relativamente reiterada a la invocación del art. 38 CE para el enjuiciamiento constitucional de normas laborales que inciden en derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones representativas, oponiéndose a menudo los derechos de aquel precepto —referido a lo que se ha denominado la Constitución económica— a los típicamente laborales afectados por las normas correspondientes. El resultado de ello desemboca en un pretendido conflicto de derechos que abre la puerta a una necesidad de “ponderación” o “proporcionalidad” a fin de fijar límites a los que procedan; un conflicto que, en el común de los casos, no creo sin embargo concurrente. Así ocurre también en el presente pronunciamiento constitucional.

En mi opinión, muy antes al contrario, las manifestaciones normativas en que concreta sus opciones de política legislativa el legislador laboral no tienen en la mayor parte de las ocasiones una conexión directa y cierta, sino a lo más indirecta y mediata, con las garantías y contenidos consagrados en los preceptos de la Constitución económica que tienden a invocarse. Constituye un lugar común que el derecho de propiedad se proyecta sobre la empresa como resultado, mientras la libertad de empresa lo hace sobre el libre ejercicio de la actividad económica. Siendo así, ni el art. 33 (que esta vez por fortuna no se cita) ni el art. 38 CE adquieren protagonismo como regla de partida en los contenidos de la regulación laboral de las condiciones de trabajo ni en sus fuentes de regulación.

El derecho en el que insiste la mayoría esta vez, como ya hiciera en las sentencias de la reforma laboral, el art. 38 CE, en su dimensión de libertad de empresa, comprende en realidad —dicho sintéticamente— lo que afecta de manera relevante a la facultad de iniciar una actividad empresarial (lo que se ha denominado libertad de iniciativa), y, asimismo, el derecho al ejercicio de esa actividad en condiciones de igualdad. En la medida que la libre iniciativa y la igualdad en el mercado estén en cuestión, entonces, las normas infraconstitucionales podrán ser objeto de juicio de inconstitucionalidad en contraste con dicha previsión constitucional. No es el caso, antes al contrario, del régimen de despido, ni siquiera por absentismo, salvo que admitamos como suficientes las conexiones indirectas y vagas, o salvo que adquiera carta de naturaleza en el juicio de constitucionalidad la articulación retórica de conflictos imprecisos, derivados, indirectos o potenciales entre derechos.

La mejor prueba de ello es el caso del que nace esta cuestión de inconstitucionalidad en el que se acreditan ausencias de una trabajadora concreta por un total de 7,84 % en doce meses. Afirmar que esa circunstancia pone en riesgo la productividad de la empresa, y por tanto el art. 38 CE, me parece una clara desproporción, por no calificarlo de otro modo, como lo es también desatender que se trata de ausencias justificadas, no considerar el estado de salud que está en la base y debe ser protegido, al que me referí más atrás, o, más aún, olvidar que lo que verdaderamente ampara la libertad de empresa es, en esencia, en lo nuclear, la libertad de iniciativa o el ejercicio de la actividad en condiciones de igualdad, y no otra cosa.

En otras palabras: la libertad de empresa del art. 38 CE no comprende cualquier regulación que incida en el interés empresarial o en la protección de sus intereses económicos. No todo lo que repercute en éste tiene

acomodo en dicha previsión constitucional. Tal vez sirva recordar, con la STC 53/2014, que este Tribunal ha declarado que el art. 38 CE “viene a establecer 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” (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 15); que “[e]l derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho” (SSTC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15; y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5) y “derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado” (entre otras SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6; 109/2003, FJ 15; o 112/2006, de 5 de abril, FJ 8).

En ello reside, entonces, el núcleo del reconocimiento del art. 38 CE. Es la actividad económica en el mercado lo que protege ese artículo; no cualquier elemento que pueda tener una “incidencia derivada” en la empresa, que es lo que parece querer entender últimamente este Tribunal. Atañe el art. 38 CE, dicho aún en otros términos, a las reglas de ordenación de la economía de mercado; y no, por tanto, a las fuentes de la relación laboral, al patrimonio jurídico de los trabajadores o a los límites del legislador laboral al incidir en derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones; como tampoco en los del empresario (por ejemplo, en cuanto titular del derecho a la negociación colectiva).

En suma, la cita del art. 38 CE, en la que incluyo la defensa de la productividad que con tanta tenacidad invoca la mayoría, se realiza a menudo sin rigor técnico, como sin rigor opera en la Sentencia de la que discrepo, pues, de partida, no constituye un elemento en colisión con la regulación del despido, tampoco por absentismo, o por reducción de costes económicos.

La defensa de la productividad es un concepto económico que entra en el marco jurídico como concepto indeterminado y de necesaria configuración legal. Esa circunstancia dificulta la atribución al mismo de un contenido subjetivo, cuando menos a falta de definición en la norma constitucional y en ausencia de desarrollo infraconstitucional. Siendo exactamente este el escenario, su invocación en la Sentencia aprobada a fin de fundamentar las graves limitaciones al derecho al trabajo, en sus contenidos más típicos y esenciales, no pasa de ser un expediente retórico carente de solvencia y recorrido constitucional. Las breves referencias de nuestra jurisprudencia a la defensa de la productividad, imprecisas y vagas como pocas otras, no hacen sino acreditar la volatilidad de la justificación que en dicha mención del art. 38 CE trata de encontrar la mayoría para concluir en la constitucionalidad de la norma aquí cuestionada.

En definitiva, el debate debió situarse, conforme a un canon estricto de constitucionalidad y a falta de derechos en conflicto que conduzcan a un juicio de ponderación, en el carácter justo o no de la causa extintiva en cuanto incluye esas ausencias intermitentes y justificadas en el cómputo del absentismo, en contraste con la garantía de permanencia en el puesto de trabajo al que el art. 35.1 CE, como regla de principio, obliga.

8. Quizá no esté de más recordar, como punto final a este voto particular discrepante, que la STC 62/2008, de 26 de mayo, más allá de su resultado final a la vista de las circunstancias del caso y del derecho allí invocado, declaró que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir factores de discriminación análogos a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrables en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Por consiguiente, no solo el derecho al trabajo y las garantías frente al despido, sino incluso, por tanto, también la prohibición de discriminación está implicada en estos casos, toda vez que, como aquella sentencia afirmaba, puede llegar a vulnerarse ese derecho «cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

Esto así, a mi juicio, si hay justificación de las ausencias y está en peligro el estado de salud, el despido por esa causa segrega, disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado sólo en la existencia misma de la enfermedad. Y no puede haber causa justa en semejante escenario, contrario a la protección de la salud bajo amenaza de no mantenimiento del puesto de trabajo. Hay, por tanto, inconstitucionalidad por omisión, por lesión del art. 35.1 CE al carecer la medida de justa causa (y también por la posible vulneración de otros derechos fundamentales, como viene de apuntarse).

En la Sentencia de la que discrepo, sin embargo, no se da respuesta alguna a todo ello, más allá de la alusión a libertad de empresa como pretendido fundamento o el mero hecho de la existencia de un interés empresarial en juego, como si ello comprometiera automáticamente o trajera al escenario de constitucionalidad al art. 38 CE o como si esa constatación pudiera habilitar sin matices, sin más o por sí la justa causa de un acto extintivo. Se olvida gravemente cuando se juzga de ese modo que el interés empresarial, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias a los derechos constitucionales de los trabajadores (mutatis mutandis, STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 7).

En tal sentido emito este Voto particular.

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil diecinueve.

Fdo. Fernando Valdés Dal-Ré Fdo. Cándido Conde-Pumpido Tourón