

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 a 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 adquirieran 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 derecho 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 dicinueve.

Fdo. Fernando Valdés Dal-Ré

Fdo. Cándido Conde-Pumpido Tourón