



EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESESTIMA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL “DESPIDO POR ABSENTISMO”

La sentencia que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019 que ha contado con 3 votos particulares señala en sus fundamentos jurídicos, que *“la extinción está justificada al no establecerse conexión directa entre el derecho a la integridad física y la acción de despido”*.

Entiende 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”* y que *“la norma no vulnera el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43.1 CE”*, ni tampoco, *“el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE)”*, por lo que *“evitar el incremento indebido de costes que para la empresa suponen las ausencias al trabajo puede protegerse de forma igualmente eficaz con otros medios”*. Afirma que *“el precepto cuestionado contiene, una limitación parcial del derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, pero esa limitación, 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 “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, *“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”*.

El Voto Particular formulado por la Magistrada **doña María Luisa Balaguer Callejón** discrepa en el sentido que, *“aunque 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”*, 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)”*, este hecho *“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”*.

Además, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT, 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”*. 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, así como incurrir en una discriminación indirecta por razón de 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”

El Voto Particular del Magistrado **don Fernando Valdés Dal-Ré** incide en que “*no es la existencia de causa objetivada en la norma, sino de “justa” causa*”. 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*”. Sobre la **libertad de empresa**, señala que “*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*”(STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 15), por lo que no procede priorizar este derecho sobre otro basándonos en la defensa de la **productividad** pues “*es un concepto económico que entra en el marco jurídico como concepto indeterminado y de necesaria configuración legal*”.

En su opinión, “*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*”.

VALORACIÓN SINDICAL

Resulta necesario hacer algunas consideraciones que podrían encaminarse a corregir esta situación desde el marco normativo.

PRIMERA. - La derogación de la causa de despido objetivo por faltas de asistencia no iría en contra de la libertad de empresa entendiendo el derecho como la regulación de unos principios básicos que limiten el poder absoluto empresarial, justificado en el mercado o no, y que reforzaría la **democracia** en las empresas.

SEGUNDA. - Desmentir el mito del absentismo, asumiendo un concepto claro que excluya cualquier situación de imposibilidad de desarrollar un trabajo objetiva, justificada y certificadamente, para proteger el derecho a la salud. El compromiso empresarial en proteger la salud ha de trascender de la mera mercantilización de la salud y estableciendo una política de gestión centrada en el crecimiento



social, económico y medioambiental, de mirada larga y con una visión integradora de prohibición de todo tipo de discriminación.

TERCERA. - La única **productividad** aceptable es la que respeta los derechos fundamentales, y la regulación de ésta ha de contar con el concurso de todas las partes con transparencia. En el convencimiento mayoritario del cumplimiento de los ODS solamente la equidad, igualdad, inclusión y sostenibilidad son los garantes de la paz universal basada en justicia social. Diálogo social y negociación colectiva son los pilares en los que sustentar estas premisas.