

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Lleida

LA INAPLICACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES LABORALES DEL DESPIDO POR ABSENTISMO DEL TRABAJADOR ENFERMO POCO ANTES DE SU DEFINITIVA SUPRESIÓN POR PARTE DEL LEGISLADOR*

STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 ECLI: ES:TSJCAT:2020:1

JOSEP MORENO GENÉ**

SUPUESTO DE HECHO: Nos encontramos ante la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora por causas objetivas por ausencias al trabajo, en base a lo dispuesto por el entonces vigente art. 52 d) ET. Disconforme con el despido que se la había comunicado, la trabajadora interpuso demanda por despido que fue desestimada en instancia, declarándose el despido objetivo como procedente al considerarse acreditadas las ausencias al trabajo alegadas por la empresa, así como el cumplimiento de los porcentajes de absentismo exigidos al respecto por el art. 52 d) ET. Frente a la sentencia de instancia la trabajadora interpone recurso de suplicación, que es finalmente resuelto mediante la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020. En dicha resolución, tras efectuarse el correspondiente control de convencionalidad del art. 52 d) ET, el Tribunal concluye que dicha norma es inaplicable por cuanto que las normas internacionales en conflicto deben prevalecer sobre lo dispuesto por dicho precepto. En consecuencia, a criterio del Tribunal, al no resultar aplicable el art. 52 d) ET al supuesto enjuiciado, el despido efectuado por la empresa en base a dicho precepto constituye un despido sin causa legal que lo ampare y, por tanto, debe ser declarado como improcedente.

RESUMEN: Poco antes de la supresión definitiva del art. 52 d) ET llevada a cabo mediante el Real Decreto-Ley 4/2020 y, en consecuencia, del despido objetivo del trabajador por sus ausencias al trabajo que se regulaba en dicha norma, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 concluye que el mismo era contrario a diferentes normas internacionales, en particular, al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, a los arts. 4.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT, al art. 3 de la Carta Social Europea y, finalmente, al art. 11 CEDAW, y, como consecuencia de ello, no resultaba de aplicación al supuesto enjuiciado, en la medida en que, conforme al art. 31 de la Ley 25/2014, las normas convencionales deben prevalecer en caso de conflicto. Aunque la posterior derogación del despido por absentismo del trabajador ha quitado cierta trascendencia a los efectos prácticos que la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 pudiera tener, no cabe duda que se trata de una resolución judicial de gran relevancia, no en vano, el juicio de convencionalidad que dicho tribunal lleva a cabo de la norma interna, a saber, el art. 52 d) ET, que, a la sazón, le permite inaplicarla al supuesto enjuiciado, puede extenderse a otros supuestos.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades que lleva por título “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar”.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. miembro del grupo de investigación consolidado “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

ÍNDICE

1. LA PERSISTENTE INSUFICIENCIA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES COMO FRENO DEL DESPIDO OBJETIVO DE LOS TRABAJADORES ENFERMOS PREVISTO EN EL ART. 52 D) ET
2. LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE ENERO DE 2020
 - 2.1. El supuesto de hecho y solución de instancia
 - 2.2. La doctrina contenida en la STSJ de Catalunya de 17 de enero de 2020: el juicio de convencionalidad como vía de inaplicación del art. 52 d) ET
3. VALORACIÓN Y ALCANCE DE LA STSJ DE CATALUNYA DE 17 DE ENERO DE 2020

1. LA PERSISTENTE INSUFICIENCIA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES COMO FRENO DEL DESPIDO OBJETIVO DE LOS TRABAJADORES ENFERMOS PREVISTO EN EL ART. 52 D) ET

La modificación del despido por absentismo del trabajador a la sazón previsto en el art. 52 d) ET que llevó a cabo la reforma laboral de 2012 enseguida levantó fuertes críticas en un amplio sector de la doctrina, que tras mantener que “el nuevo art. 52 d) ET permite el despido del trabajador por enfermedad justificada por los servicios médicos salvo que la enfermedad sea de larga duración” y que “la finalidad de la norma es clara, establecer un principio de sospecha sobre la morbilidad de corta duración, y otorgar la amenaza del despido como forma de conseguir que el trabajador y la trabajadora acudan enfermos al trabajo y no hagan uso de la asistencia sanitaria a la que tienen derecho”, concluía que “es evidente la contradicción de este precepto con el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (en adelante, Convenio núm. 158 OIT), y asimismo su contraste con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles”¹.

Asimismo, también se consideró que el nuevo diseño del art. 52 d) ET vulneraba el derecho al trabajo contemplado en el art. 35.1 CE, cuyo contenido esencial y, en especial, en lo que respecta al derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa, debe ser respetado por el legislador al diseñar o reformar el régimen jurídico de cualquier causa de despido y, por tanto, también la del despido por ausencias al trabajo del trabajador contemplada en el citado precepto estatutario.

Finalmente, también se cuestionó si la extinción del contrato de trabajo en base a ausencias motivadas por bajas por enfermedad del trabajador podía constituir una causa de discriminación de las prohibidas por el art. 14 CE. A tal efecto,

¹ Vid. Baylos Grau, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 13.

se planteaba si la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral debería ser considerado con carácter general un factor de discriminación incardinable en el art. 14 CE y no únicamente cuando concurre un excepcional elemento segregacionista, debido a la situación de debilidad o vulnerabilidad –física, pero también jurídica-, que esta situación le provoca². Estas dudas alcanzaban su máxima expresión en aquellos supuestos en que se tratara de ausencias motivadas por enfermedades crónicas o de larga duración las que justificaran la extinción del contrato vía art. 52 d) ET³.

En este contexto de críticas a la causa de despido por absentismo del trabajador recogida en el entonces vigente art. 52 d) ET, llama especialmente la atención que, en muy pocas ocasiones, una norma jurídica ha sido tan atacada desde diferentes frentes como ha sucedido con el art. 52 d) ET y, al mismo tiempo, ha mostrado semejante capacidad de supervivencia. A tal efecto, desde que esta causa de despido por causas objetivas fuera modificada por la reforma laboral de 2012, la misma ha sido impugnada por considerarse contraria a la normativa internacional, en particular, a lo previsto por el Convenio núm. 158 OIT, a la normativa comunitaria, en concreto, a lo establecido por la Directiva 2000/78/CE y al propio texto constitucional – derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), a la integridad física (art. 15 CE), a la salud (art. 40.2 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE)-. Pues bien, el art. 52 d) ET siempre parecía salir más o menos airoso de todos y cada uno de estos embates planteados.

La principal cuestión que se había suscitado en relación con la adecuación a la normativa internacional de la entonces vigente configuración de la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador que se contenía en el art. 52 d) ET, fue la de su dudosa compatibilidad con lo previsto en el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT⁴. Recuérdese a tal efecto que el apartado primero de dicho precepto estipula que “la ausencia temporal del trabajo por motivo de

² Vid. Moreno Gené, J.: “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección Social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Pamplona, 2014.

³ Vid. Moreno Gené, J.: “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núms. 9 y 10, 2014.

⁴ Vid. Un estudio de esta cuestión en MORENO GENÉ, J.: “El recurso al convenio 158 OIT como límite al despido por absentismo del trabajador enfermo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y de la Seguridad Social, Madrid, 2019, págs. 281 y ss.

enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”.

A partir de esta previsión, diferentes resoluciones judiciales dictadas normalmente en instancia habían intentado formular una interpretación del art. 52 d) ET que lo hiciera compatible con el Convenio núm. 158 OIT, consistente en no computar determinadas ausencias del trabajador motivadas por enfermedad, entre otros motivos, por considerar que ello sería contrario a lo preceptuado por el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT. Lamentablemente, este no fue el criterio finalmente adoptado por los Tribunales Superiores de Justicia ni por el Tribunal Supremo, por lo que todo hacía prever que esta falta de encaje del art. 52 d) ET en el Convenio núm. 158 OIT se perpetuaría en el tiempo.

Tampoco habían recibido una respuesta plenamente satisfactoria las críticas vertidas en relación con la adecuación de la causa extintiva del art. 52 d) ET a la normativa comunitaria y, en particular, a la Directiva 2000/78/CE, especialmente en aquellos supuestos en que las ausencias eran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador entendida en un sentido amplio⁵.

El punto de partida al que habían acudido los órganos judiciales para llevar a cabo una interpretación del art. 52 d) ET que permitiera su inaplicación en aquellos supuestos en que las ausencias al trabajo se debían a enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador se encontraba en la propia doctrina del TJUE – STJUE de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark-, que había llevado a cabo una ampliación del concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2. b) de la Directiva 2000/78/CE, al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –curables o no- generen limitación en el trabajo. En este contexto, se consideraba que el redactado del entonces vigente art. 52 d) ET, en algunos supuestos, podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78/CE, cuando establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas”.

En este contexto irrumpió la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero, la cual, aborda específicamente esta cuestión, concluyendo al respecto que “el art. 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco

⁵ Un estudio en profundidad de esta problemática en Moreno Gené, J.: “Los problemas de encaje de la extinción del contrato por ausencias del trabajador en la Directiva 2000/78/CE: A propósito de la STJUE de 18 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2018, págs. 61 a 89.

general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que 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, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”.

Bajo estas premisas, parecía admisible que, como efectivamente hicieron algunos tribunales de instancia y suplicación, el juez nacional decidiera que no debían ser computadas entre las ausencias que justificaban la extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 52 d) ET, aquellas que fueran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad entendida en sentido amplio⁶. A tal efecto, se mantenía que la extinción del contrato en estos supuestos no se encontraría justificada por la finalidad de facilitar la extinción del contrato del “absentista profesional” y de los “trabajadores que no sean suficientemente productivos”, puesto que aunque se admitiera la legitimidad de estas finalidades, los medios adoptados para la consecución de las mismas no serían adecuados y necesarios, en tanto que dichas finalidades difícilmente podrían justificar una norma que habilitaba, indiscriminadamente, para despedir, entre otros, a los trabajadores en situación de baja y/o incapacidad, en el concepto amplio de discapacidad expuesto, los cuales en su inmensa mayoría no tienen intencionalidad absentista alguna.

Ahora bien, tampoco podía extrañar que, también en aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero, el juez nacional y en última instancia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acabara admitiendo la plena adecuación del art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE, por considerar que era legítima la finalidad de combatir el absentismo perseguida por dicho precepto y que los medios adoptados por el mismo para la consecución de

⁶ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019 (rec. núm. 664/2018). Un comentario de dicha resolución judicial en Gómez Salado, M.A.: “La adecuación del despido objetivo por absentismo al contenido de la Directiva 2000/78/CE. Un análisis al hilo de la STJUE de 18 de enero de 2018 y de la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12, 2019, Moreno Gené, J.: “La nulidad del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo derivadas de enfermedad relacionada con la discapacidad del trabajador. A propósito de la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019”, *Trabajo y Derecho*, núm. 57, 2019 y Romero Ródenas, M.J.: “Extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia justificadas: cese que constituye despido nulo: discriminación indirecta por motivos de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019.

dicha finalidad eran adecuados y no iban más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad.

En definitiva, la cuestión no estaba ni mucho menos cerrada, de modo que habría que estar a lo que dispusiera en su momento el Tribunal Supremo sobre esta cuestión, si bien, los precedentes existentes al respecto no permitían ser especialmente optimistas. Pero, aún en el caso de que se acabara admitiendo que no debían ser computadas entre las ausencias que justificaban la extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 52 d) ET aquellas que fueran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad entendida en sentido amplio, aún seguían quedando huérfanos de una tutela adecuada todos aquellos supuestos de ausencias debidas a enfermedades que no pudieran ser asimilados a la discapacidad.

Ante las dificultades, en ocasiones insalvables, que había planteado el recurso a la normativa internacional y comunitaria como límite a la extinción del contrato prevista en el entonces vigente art. 52 d) ET, cuando dicha extinción contractual se encontraba justificada en las ausencias al trabajo debidas a enfermedad del trabajador, aún cabía la opción de que dicha posibilidad pudiera ser excluida o, cuanto menos verse limitada, por los derechos a la integridad física (art. 15 CE), a la protección de la salud (art. 43 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE) previstos en el texto constitucional.

Esta posibilidad, sin embargo, también quedó definitivamente cercenada por la STC de 16 de octubre de 2019, la cual, siguiendo con la línea iniciada en las sentencias del mismo Tribunal en las que se enjuiciaba la reforma laboral de 2012 –SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero-, vino a encumbrar a la libertad de empresa y la defensa de la productividad como justificación suficiente para limitar e, incluso, prácticamente eliminar diferentes derechos reconocidos constitucionalmente a los trabajadores. En otros términos, como hiciera con anterioridad con la justificación de la crisis económica, el Tribunal Constitucional invoca en esta sentencia la libertad de empresa y la defensa de la productividad como una cláusula en blanco que permite cualquier restricción por parte del empresario de diferentes derechos constitucionales reconocidos a todos los trabajadores, como son el derecho a la salud y al trabajo.

A tal efecto, en la referida resolución judicial, apelándose a este nuevo “canon de constitucionalidad” en que se ha convertido la defensa de la productividad, como parámetro de valoración constitucional de las medidas restrictivas de derechos constitucionales, se concluía afirmando que “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 a la salud que el art. 43.1 CE reconoce”. Igualmente, a partir de las mismas premisas se concluye que “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)”.

Por todo ello, ante las dificultades que habían puesto de manifiesto los diferentes tribunales – Tribunal Constitucional y tribunales laborales- para que las normas constitucionales, internacionales y comunitarias sirvieran para salvaguardar a los trabajadores enfermos del riesgo de extinción de sus contratos por las ausencias al trabajo motivadas precisamente por su estado de enfermedad, resultaba del todo imprescindible una intervención del legislador en esta materia que impidiera de un modo expreso el despido por causas objetivas de un trabajador en base, precisamente, a aquellas ausencias al trabajo debidas a enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja correspondiente hubiera sido acordada por los servicios oficiales con independencia de la duración de las mismas⁷.

En este contexto, el Gobierno ha procedido a atender todas estas demandas y con una sorprendente celeridad y contundencia ha procedido a derogar el art. 52 d) ET mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, Real Decreto-Ley 4/2020). A tal efecto, dicha norma, tras un extenso preámbulo, en su artículo único, establece que “Queda derogado el apartado d) del artículo

⁷ Esta ha sido la reacción generalizada a la sentencia del Tribunal Constitucional por parte de los comentaristas de la misma. A título de ejemplo, vid. Gómez Salado, M.A.: “La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2019, de 16 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 441, pág. 182, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: “El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE, 20 de enero), *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 21, 2019 y Moreno Gené, J.: “La extinción del contrato por absentismo: productividad *versus* derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.

52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”.

Sin embargo, pocos días antes de la derogación del art. 52 d) ET por parte del legislador, se dictó la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 (núm. rec. 5532/2019), la cual, revocando la sentencia dictada en instancia, concluía que el art. 52 d) ET era contrario a diferentes normas internacionales, en particular, al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, a los arts. 4.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores (en adelante, Convenio núm. 155 OIT), al art. 3 de la Carta Social Europea y, finalmente, al art. 11 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España (en adelante, CEDAW), y, por tanto, no resultaba de aplicación al supuesto enjuiciado, en la medida en que, conforme al art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, (en adelante, Ley 25/2014), las normas convencionales deben prevalecer sobre el art. 52 d) ET en caso de conflicto.

Aunque la posterior derogación del despido por absentismo del trabajador regulado en el art. 52 d) ET ha quitado cierta trascendencia a los efectos prácticos que la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 pudiera haber tenido en un contexto diferente, no cabe duda que se trata de una resolución judicial de gran relevancia práctica, no en vano, el juicio de convencionalidad que dicho tribunal lleva a cabo de la norma interna, en este caso, del art. 52 d) ET, en relación con los Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado Español que, a la sazón, permite inaplicar esta norma al supuesto enjuiciado, puede extenderse en el futuro a otros muchos supuestos⁸.

Además, el Real Decreto-Ley 4/2020 se ha limitado a suprimir el despido por absentismo del trabajador a partir de su entrada en vigor, aunque se hayan podido consumir los umbrales cuantitativos exigidos por esta causa de despido antes de su entrada en vigor, pero, en principio, no afecta a los despidos por esta causa ya efectuados con anterioridad y que han sido impugnados, encontrándose, por tanto, los mismos en medio del correspondiente procedimiento judicial. A tal efecto, no habiéndose fijado previsión alguna de derecho transitorio, la supresión de esta causa de despido tendrá lugar desde el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2020, que, de conformidad con la disposición final segunda de dicha norma, se producirá “el día siguiente al de su publicación en el “Boletín

⁸ A tal efecto, Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: “El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de “reformas” y “maquillados”: ¿una conmemoración con sabor a despedida?”, *Revista de Trabajo y Seguridad. CEF*, núm. 444, 2020, pág. 9, constatan respecto a esta resolución judicial que “no creo que sea una gota de innovación (o esnobismo interpretativo) en un océano de tradicionalismo hermenéutico, sino que simbolizará más bien la punta de un nuevo iceberg interpretativo”.

Oficial del Estado”⁹. Aunque dicha circunstancia no debe suponer necesariamente que la derogación del art. 52 d) ET no pueda producir ciertos efectos retroactivos, puesto que, como acertadamente se ha indicado, la supresión de esta causa de despido debe implicar un incremento de las garantías individuales del trabajador, en especial, las derivadas de la protección del derecho a la salud del mismo¹⁰, no cabe duda que nos encontramos ante una cuestión controvertida que deberá ser oportunamente resuelta por los tribunales. Precisamente, para estos supuestos, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 puede resultar de gran interés y utilidad.

2. LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE ENERO DE 2020

2.1. El supuesto de hecho y solución de instancia

La STSJ de Catalunya de 17 de enero de 2020 se apoya en los siguientes hechos probados:

- La trabajadora había prestado sus servicios para la empresa desde el 14 de mayo de 1976, como grupo profesional 4, categoría de laboratorio y salario bruto diario, con prorrata de pagas extras, de 127, 68 €.

- Con fecha de 3 de enero de 2019, la empresa comunica a la trabajadora su despido objetivo, con efectos desde esa misma fecha, poniendo a disposición de la misma, la indemnización legal, equivalente a 20 días de salario por año de servicios.

- Como justificación del despido, con cita del art. 52 d) ET, la empresa alega los siguientes motivos: a) superación del 20% de ausencias en jornadas hábiles en el plazo de dos meses consecutivos (22, 23, 24, 25 y 26 de octubre de 2018, 5 días de ausencia en jornada computable sobre 8 jornadas laborables, 26, 27, 28, 29 y 30 de noviembre de 2018, 5 jornadas de ausencia computables sobre 20 jornadas laborables, 3, 4 y 5 de diciembre de 2018, 3 días de jornadas de ausencia computables sobre 13 jornadas laborables), dando lugar a un 31,70% de absentismo (13 jornadas de ausencia computable sobre 41 jornadas laborables) computado desde el 22 de octubre de 2018 al 21 de diciembre de 2018; y, b) superación del 5% de ausencias en los 12 meses anteriores al despido (3 de agosto de 2018, un día sobre 8 jornadas laborales, 22 a 26 de octubre de 2018 (5 días sobre 22 jornadas

⁹ Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: “El Estatuto de los Trabajadores...” cit. pág. 19, indican al respecto que dicha norma no asegura “el efecto retroactivo máximo de la decisión, al carecer de disposición transitoria que clarifique tan elemental cuestión”.

¹⁰ A tal efecto, Baylos Grau, A. Sobre la derogación del despido por absentismo. Blog Según Antonio Baylos. Recuperado de <https://baylos.blogspot.com/2020/02/debe-ser-declarado-improcedente-el.html>. Última consulta: 3 de marzo de 2020.

laborables, 26 a 30 de noviembre de 2018, 5 días sobre 20 jornadas laborables, 3 a 5 de diciembre de 2018, 3 días sobre 13 jornadas laborables), lo que supone 14 jornadas de ausencia computables sobre 208 jornadas laborables, computadas desde el 4 de enero de 2018 hasta el 3 de enero de 2019, que suponen un 6,70% de absentismo.

- La trabajadora se había ausentado de su puesto de trabajo el 3 de agosto de 2018, por motivos médicos, sin cursar proceso de incapacidad temporal; cursó proceso de incapacidad temporal por enfermedad común desde el 22 de octubre de 2018 al 26 de octubre de 2018, con diagnóstico de vértigo auditivo; se ausentó el 26 de noviembre de 2018 por motivos médicos, sin cursar proceso de incapacidad temporal; y, desde el 27 de noviembre al 5 de diciembre, siguió proceso de incapacidad temporal por enfermedad común, con diagnóstico de dorsalgia.

Disconforme con el despido por ausencias al trabajo, efectuado de conformidad con lo previsto en el art. 52 d) ET, que se la había comunicado por la empresa, la trabajadora interpuso la correspondiente demanda por despido que fue desestimada en instancia, declarándose el despido objetivo de la misma como precedente.

Frente a la sentencia dictada en instancia, la trabajadora interpone recurso de suplicación que es finalmente resuelto mediante la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario.

2.2. La doctrina contenida en la STSJ de Catalunya de 17 de enero de 2020: el juicio de convencionalidad como vía de inaplicación del art. 52 d) ET

Aunque en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia la parte recurrente centraba su argumentación en combatir el cómputo que la empresa, en un primer momento, y el magistrado de instancia, después, habían efectuado de las diferentes ausencias al trabajo de la trabajadora para justificar su despido por causas objetivas en base al art. 52 d) ET, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, con carácter previo al análisis de esta cuestión, centra su análisis en determinar si dicho precepto resulta aplicable al supuesto enjuiciado, puesto que de no ser aplicable dicha norma, el recurso debería ser estimado, por haberse basado el despido en una causa no aplicable al supuesto de hecho en cuestión.

En este punto, el TSJ de Cataluña recuerda que, si se considerara que la norma legal aplicable, en este caso, el art. 52 d) ET, pudiera resultar contraria a la Constitución, lo que correspondería sería plantear una cuestión de inconstitucionalidad. A tal efecto, este juicio de constitucionalidad es precisamente el que ha efectuado la STC 118/2019, de 16 de octubre, que ha venido a declarar la

constitucionalidad de dicho precepto, en relación con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la protección de la salud (art. 43 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE).

Pese a tratarse de una norma acorde con la Constitución Española, según el Tribunal, aún cabría la posibilidad de que el art. 52 d) ET fuera contrario al principio de jerarquía normativa, por oponerse dicha norma a lo preceptuado por los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España. A tal efecto, recuerda el TSJ de Cataluña que la jerarquía normativa superior del Tratado o convenio internacional sobre la ley se reconoce por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (en adelante, Convención de Viena), cuyo art. 27 indica que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹¹.

Por si ello fuera poco, el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (en adelante, Ley 25/2014) establece la prevalencia de los tratados al establecer que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

Partiendo de estas premisas, el TSJ de Cataluña considera que el art. 52 d) ET, aplicado al supuesto enjuiciado, *a priori*, puede presentar conflicto con diferentes normas con rango de Tratado o Convenio, según la interpretación que de las mismas hacen los órganos internacionales especializados y consagrados por cada uno de dichos Tratados o Convenios y que clasifica u ordena en atención a los derechos que se recogen en dichas normas: a) derecho a no ser despedido sin justa causa; b) derecho a la prevención de riesgos laborales y, finalmente, c) perspectiva de género.

En relación con la posible vulneración por parte del art. 52 d) ET del derecho a no ser despedido sin justa causa, considera el TSJ de Cataluña que el contenido de dicho derecho, recogido en el art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el art. 35.1 CE. A tal efecto, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recuerda que, a nivel constitucional, el derecho al trabajo, en su vertiente individual (art. 35.1 CE), se concreta “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 y 192/2003, de 27 de octubre); así como en la existencia de una “reacción adecuada” contra el despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance,

¹¹ Vid. Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (BOE, núm. 142, de 13 de diciembre de 1980).

se defiere al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero y STC 119/2014, de 16 de julio).

Por el contrario, recuerda el TSJ de Cataluña que el art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT refuerza este derecho a no ser despedido sin justa causa con una protección suplementaria, consistente en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo motivada por enfermedad.

El TSJ de Cataluña, sin embargo, es consciente que el art. 6.2 del Convenio núm. 158 OIT dota a los Estados de un cierto margen de apreciación para definir qué es una ausencia temporal, las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 de dicho precepto y la medida en que se exigirá un certificado médico. Pero, a criterio del citado Tribunal, las limitaciones de la prohibición del despido por causa de ausencias temporales por razón de enfermedad no pueden dejar sin efecto dicha prohibición, pues no serían entonces limitaciones sino derogaciones. El Tribunal apoya esta apreciación en el informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, según el cual, si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor”. En definitiva, concluye el Tribunal afirmando que el margen de apreciación de los Estados para establecer limitaciones que se prevén en el art. 6.2 del Convenio núm. 158 OIT termina ahí donde dichas limitaciones hacen irreconocible el derecho por privarle de su objetivo.

Bajo estas premisas, el TSJ de Cataluña considera que “el despido por ausencias intermitentes del trabajo por enfermedad, que pueden deberse a enfermedades contagiosas (gripe y otros procesos víricos), o patologías crónicas (lumbalgias crónicas, patologías que cursan a brotes, como epilepsias u otras similares), desprotege el empleo de las personas trabajadoras en un momento en que se encuentran en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones por razones de fuerza mayor”. En consecuencia, para el Tribunal, “no puede sostenerse que el art. 52 d) ET sea una limitación del derecho a no ser despedido por ausencias temporales derivadas de enfermedad, sino que supone un desconocimiento de dicho derecho por incompatibilidad de dicha causa de despido con la finalidad que pretende la norma”.

En apoyo de esta misma conclusión, el TSJ de Cataluña también invoca el art. 24 de la Carta Social Europea, según el cual, no se considera como justa causa del despido, la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente. Recuerda además el Tribunal que, a diferencia de lo expuesto en relación con

el Convenio núm. 158 OIT, dicho precepto no admite limitaciones, por lo que garantiza un estándar de protección aún más elevado.

Aunque el TSJ de Cataluña reconoce que dicha previsión se contempla en la Carta Social Europea revisada de 3 de mayo de 1996, que no ha sido ratificada por España, mantiene que igualmente debe constituir un criterio hermenéutico para perfilar el contenido y el alcance del derecho a no ser despedido por ausencias temporales del trabajo por motivos de enfermedad, máxime cuando dicha Carta Social Europea revisada ha sido ya firmada por España.

En consecuencia, el TSJ de Cataluña concluye que una interpretación de buena fe del art. 6 del Convenio núm. 158 OIT es incompatible con una interpretación que lleve a entender la excepción, consistente en la posibilidad de imponer límites a la prohibición del despido por ausencias del trabajo derivadas de enfermedad, como regla, dejando sin efecto la regla general de prohibición del despido por ausencias derivadas de enfermedad, cuando el Estado, además, ya ha suscrito un convenio con un nivel superior de protección, en concreto, la Carta Social Europea Revisada.

Todo ello lleva al Tribunal a considerar que el art. 52 d) ET es contrario al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT.

En relación con la posible vulneración del derecho a la prevención de riesgos laborales, el TSJ de Cataluña recuerda que existen diferentes Tratados internacionales ratificados por España sobre esta materia que garantizan una protección superior a la ofrecida constitucionalmente por el principio rector del art. 40.2 CE, cuya infracción el Tribunal Constitucional ha descartado en relación con los arts. 15 y 43 CE.

A tal efecto, el Tribunal recuerda que el art. 4.1 del Convenio núm. 155 OIT establece la obligación de todo Estado Miembro de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo. A lo que cabe añadir lo previsto en el apartado segundo de dicho precepto, en virtud del cual, esta política tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.

A partir de esta previsión, el TSJ de Cataluña llama la atención sobre el hecho de que esta obligación convencional de prevención no se ciñe a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la salud, vida o integridad física, como sucede con la tutela constitucional, sino que la tutela convencional se extiende a todo

tipo de riesgos, sin que dicha obligación sea compatible con la imposición a los trabajadores que sufren enfermedades que provocan ausencias intermitentes que les incapacitan para el trabajo, de la obligación de acudir al trabajo, so pena de despido.

En este contexto, el Tribunal constata que, en el nivel de protección convencional, “es obvio que el “presentismo” que pretende incentivar el art. 52 d) ET como medio para la defensa de la productividad, puede suponer un riesgo de que personas que están enfermas acudan al trabajo para evitar su despido”. En primer lugar, supone un riesgo para la salud de la persona trabajadora que, ante las altas tasas de desempleo existentes, hará lo posible para evitar la pérdida de su trabajo. En segundo lugar, no cabe duda que el hecho de que una persona impedida para el trabajo acuda a trabajar supone un riesgo no solo para esta persona, sino también para terceros. A tal efecto, recuerda el TSJ de Cataluña que este riesgo, en caso de trabajos de riesgo o enfermedades contagiosas, no sólo afecta a las personas que deciden acudir a su trabajo, sino también a sus compañeros de trabajo, que ni siquiera habiéndose ausentado un solo día de trabajo, asumen el riesgo de contagio en aras a la defensa de la productividad.

A mayor abundamiento, el TSJ de Cataluña recuerda que el Comité Europeo de Derechos Sociales, al interpretar del art. 3 de la Carta Social Europea, en este caso, sí ratificada por España, ha establecido que “la obligación principal del Estado parte en virtud del art. 3 es garantizar el derecho a los más altos estándares posibles de seguridad y salud en el trabajo”. Esta obligación implica dictar normas de seguridad y salud en el trabajo que garanticen la prevención y protección en el lugar de trabajo contra los riesgos reconocidos por la comunidad científica y regulados a nivel comunitario e internacional.

En definitiva, concluye el Tribunal que el art. 4 del Convenio núm. 155 OIT sitúa el nivel de obligación del estado en la de reducir al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo, a lo cual, no cabe duda que se opone el hecho de considerar como justa causa de despido las ausencias intermitentes al trabajo derivadas de enfermedad o accidente no laboral.

Todo ello lleva al TSJ de Cataluña a considerar que el art. 52 d) ET es contrario a los arts. 4.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT y al art. 3 de la Carta Social Europea.

Finalmente, por lo que respecta a la posible vulneración que puede suponer el art. 52 d) ET de la perspectiva de género, en su vertiente antidiscriminatoria, el Tribunal recuerda que la incorporación del control de convencionalidad de la perspectiva de género viene exigida por el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, Ley Orgánica

3/2007), en virtud del cual, “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

A partir de estas premisas y tras constatarse mediante datos estadísticos un mayor impacto en las mujeres que en los hombres de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal, el TSJ de Cataluña pone de manifiesto que “nos hallamos ante una disposición, el art 52 d) ET, que, si bien es aparentemente neutra, pone a personas de sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres”.

De todo lo expuesto, el Tribunal concluye que el art. 52 d) ET constituye una infracción del art. 11 de la CEDAW, “por cuanto se produce una discriminación indirecta por razón de género en la garantía de los derechos a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicios; el derecho a la seguridad social, en particular en casos de incapacidad para trabajar y, en fin, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras, que dadas las mayores tasas de desempleo entre su colectivo, se ven lógicamente más afectadas por el precepto en cuestión.

En definitiva, de conformidad con el control de convencionalidad del art. 52 d) ET efectuado por el TSJ de Cataluña, se concluye que dicha norma es inaplicable al supuesto enjuiciado, por cuanto que las normas convencionales expuestas deben prevalecer sobre lo dispuesto por dicho precepto. Y, en consecuencia, no resultando aplicable el art. 52 d) ET al supuesto enjuiciado, el despido efectuado por la empresa en base a dicho precepto constituye un despido sin causa legal que lo ampare y, por tanto, el mismo debe ser declarado como improcedente, con los efectos que de dicha declaración se derivan.

3. VALORACIÓN Y ALCANCE DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE ENERO DE 2020

No cabe duda que lo primero que llama la atención de la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 es que la misma se haya dictado unos pocos meses después de que el Tribunal Constitucional diera a conocer su polémica sentencia 118/2019, de 16 de octubre, en la que se avalaba plenamente la constitucionalidad del art. 52 d) ET. Esta circunstancia parecía cerrar todas las posibilidades de poner coto a los despidos por causas objetivas de los trabajadores enfermos por la vía judicial, hasta el punto, que dicha resolución del Tribunal Constitucional motivó el compromiso inmediato del Gobierno de poner fin a esta vía extintiva

del contrato de trabajo, como finalmente ha sucedido con la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2020.

Pese a ello, una vez cerrado el control de constitucionalidad del art. 52 d) ET por parte de quien tiene la competencia para ello, es decir, el Tribunal Constitucional, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 abrió una nueva vía de control, ahora de convencionalidad, de dicho precepto, confrontándolo con diferentes Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado español. A tal efecto, de igual modo que el Tribunal Constitucional era el competente para llevar a cabo el control de constitucionalidad, corresponde ahora a la jurisdicción ordinaria, en el supuesto enjuiciado, al TSJ de Cataluña, efectuar el referido control de convencionalidad¹².

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, ha establecido que “el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del art. 24.1 CE, que garantiza, “que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre)”.

En la misma dirección, la propia STC 118/2019 que declaraba la constitucionalidad del art. 52 d) ET, al mismo tiempo indicaba que “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”.

¹² Sobre el control de convencionalidad vid. Valdés Dal-Ré, F.: “Control de convencionalidad y jurisdicción social”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2020 y Jimena Quesada, L.: El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, 2018.

Siendo la jurisdicción ordinaria la competente para efectuar el control de convencionalidad de las normas internas, en este momento, el art. 52 d) ET, cabe valorar las posibilidades de éxito que hipotéticamente tendría el juicio efectuado por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, atendiendo a la jurisprudencia y, en su caso, a la doctrina judicial ya existente al respecto. No olvidemos al respecto que la invocación de estos Tratados y Convenios Internacionales no siempre constituye una auténtica novedad, sino que, de una manera más o menos soterrada, ya venían siendo objeto de análisis en la resolución de los despidos objetivos por ausencias del trabajador enfermo, por algunos Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia.

La primera cuestión que plantea el TSJ de Cataluña es la posible vulneración por parte del art. 52 d) ET del derecho a no ser despedido sin justa causa, recogido en el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT, que, a criterio del Tribunal, ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el art. 35.1 CE, por cuanto, dicho Convenio refuerza este derecho a no ser despedido sin justa causa con una protección suplementaria, consistente en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo motivada por enfermedad. En apoyo de esta misma conclusión, el TSJ de Cataluña también invoca el art. 24 de la Carta Social Europea, según el cual, no se considera como justa causa del despido, la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente.

A tal efecto, no cabe duda que una de las cuestiones que ha planteado mayor conflictividad en los tribunales españoles sobre la adecuación del art. 52 d) ET a la normativa internacional, ha sido, precisamente, la compatibilidad de dicho precepto con lo preceptuado por el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT y a la Recomendación 166 de la OIT sobre la terminación del contrato de trabajo (en adelante, Recomendación, 166 OIT). En este contexto, se han dictado diferentes resoluciones judiciales, normalmente en instancia, que, acudiendo, entre otras normas internacionales, al referido Convenio de la OIT, han intentado limitar los efectos perniciosos derivados de la reforma del despido por ausencias del trabajador llevada a cabo en el marco de la reforma laboral de 2012.

A título de ejemplo, cabe destacar la pionera sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, que concluía que el art. 52 d) ET contraviene lo preceptuado por el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT (núm. procedimiento 679/2013)¹³. Para llegar a esta conclusión, el magistrado

¹³ Un comentario a esta resolución judicial en Moreno Gené, J.: “Límites constitucionales e internacionales...” cit., págs. 291 a 301 y Molina Navarrete, C.: “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuadora desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 370, 2014, págs. 189 a 192.

de instancia recuerda que la causa extintiva prevista por el art. 52 d) ET fue introducida con anterioridad no sólo a la Constitución Española, sino también a la ratificación incondicional por parte del Estado Español del Convenio núm. 158 OIT, que dispone explícitamente en su art. 6 –como hace también el art. 5 respecto de otros factores de discriminación– 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”.

Asimismo, el magistrado de instancia considera que la remisión que efectúa el art. 6.2 a la legislación nacional, es exclusivamente, en cuanto a la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la prohibición, pero no habilita para excluir de la prohibición de despido a las ausencias temporales por causa de enfermedad de corta duración, una vez definidas como tales. A tal efecto, el magistrado se remite al informe de la Comisión de expertos de la OIT en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado “Estudio General de 1995”, en cuyo párrafo 137, y en relación con esta posibilidad de los estados miembros de incidir en la definición de ausencia temporal del trabajo, se considera que “si bien el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales, si la ausencia se define sobre la base de la duración, “se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor”.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el art. 96.1 CE dispone que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico” y que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derechos Internacional”, a criterio del magistrado, ello comporta que, ya desde el momento inicial de la ratificación del Convenio núm. 158 OIT, se produjo una situación de incumplimiento frontal del art. 6 del mismo, al no eliminar, ni corregir, ni excepcionar la facultad extintiva contemplada en el art. 52 d) ET, basada en la “ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión” que según el art. 6 del citado convenio, “no deberá constituir una causa justificada de la terminación de la relación laboral”.

Pese a las fundadas dudas que suscita la adecuación del art. 52 d) ET al Convenio núm. 158 OIT, la posibilidad que prevé la propia norma de que los estados miembros puedan incidir en la definición de la ausencia temporal de trabajo por motivo de enfermedad o lesión a los efectos de lo previsto en el art. 6

del Convenio 158 OIT ha limitado de forma sustancial el alcance de esta norma y, en consecuencia, las garantías que se derivan de la misma, permitiendo que se haya justificado la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento de la causa de extinción del contrato prevista en el art. 52 d) ET.

Valga a título de ejemplo la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 que estima el recurso presentado contra una resolución judicial que había considerado que el art. 52 d) ET entraba en contradicción con las disposiciones del Convenio núm. 158 OIT y que, por tanto, no debía ser aplicado. En este punto, dicha resolución judicial recuerda que la justificación de la causa de extinción contenida en el art. 52 d) ET ha sido admitida por la doctrina del Tribunal Supremo de la que cabe concluir que “la lucha contra el absentismo es un objetivo legislativo legítimo, sin que parezca inadecuado relacionar esta causa de despido con las necesidades de funcionamiento de la empresa. No desaparece esta justificación por el dato de que se haya dejado de exigir un porcentaje de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo”.

En este punto, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 considera que la concreción del principio general del art. 4 del Convenio núm. 158 OIT se encuentra en los arts. 5 y 6 del mismo, de los que se desprende que existen unos supuestos que ineludiblemente haya que calificar como motivos ilegítimos que en ningún caso pueden constituir causa justificada para la terminación del contrato, que son los del art. 5, y otro diferenciado, el de la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, que tiene un tratamiento propio en el art. 6.

Precisamente del examen del art. 6 del Convenio núm. 158 OIT en relación con el art. 1 del mismo, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 deduce que el art. 52 d) ET no contraviene lo dispuesto en el citado convenio internacional. A tal efecto, considera que “si bien como regla general se dispone (art. 6.1) 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, seguidamente se establece (art. 6.2.) que determinados elementos de esa regla general pueden ser precisados de conformidad con los métodos de aplicación del convenio, es decir, a través de la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales o cualquier otro método que sea válido conforme a la práctica nacional”. Según el Tribunal, “ello implica que la definición de ausencia temporal y las posibles limitaciones a la regla general del apartado 1 del art. 6 quedan derivadas a lo que disponga la norma legal o el convenio colectivo en nuestro ordenamiento nacional”.

En definitiva, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 concluye que “no puede compartirse que exista contradicción entre el art. 52 d) ET y el convenio 158 OIT, toda vez que la norma internacional habilita en esta materia concreta a

la nacional. Ese desarrollo efectuado por la norma legal española no desvirtúa lo dispuesto en el convenio, pues no se abre ilimitadamente la posibilidad de despedir por ausencia temporal por enfermedad o lesión, sino que se contrae esa eventualidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes”. Asimismo, discrepando del criterio de la sentencia de instancia, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 no considera “que sea decisivo y trascendente para legitimar esta regulación el dato de la exigencia de un porcentaje total de absentismo de la plantilla, pues aun habiendo desaparecido tal elemento en la redacción del RD-Ley 3/2012 y en la Ley 3/2012, subsiste el absentismo del trabajador individual determinado de una forma objetiva, así como las exclusiones del párrafo segundo del art. 52 d) ET, configurando un régimen nacional que se haya permitido por el art. 6.2 del convenio 158 OIT”¹⁴.

Esta doctrina mayoritaria de los tribunales laborales concuerda, por otra parte, con la doctrina contenida en la STC 118/2019, de 16 de octubre, que

¹⁴ En la misma dirección vid. la temprana STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (núm. rec. 1309/2006) que, aplicando redacciones anteriores del art. 52 d) ET y tras recordar que “en la normativa internacional se establecen algunas garantías frente al despido del trabajador enfermo”, indica que “no obstante, en el nº 2 del art. 6 se habla de las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del mismo artículo que serán determinadas con los métodos de aplicación mencionados en el art. 1 del mismo Convenio 158”. A partir de estas premisas, la resolución concluye que “el nº 1 del art. 6 del Convenio núm. 158 de la OIT encuentra en nuestra legislación un límite en su aplicación, establecido en el art. 52 d) del ET”. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (núm. rec. 7474/2012) mantiene que no consta que el art. 52 d) ET “sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio núm. 158 OIT, pues no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas, las de más de veinte días no computan para el cálculo del absentismo”. A tal efecto, se alega que la jurisprudencia ha admitido de forma unánime que el art. 52 d) ET, en su anterior redacción, pero también en la actual, permita con determinados límites y condicionamientos que el absentismo laboral, aun tratándose de bajas justificadas, tenga un reflejo en la extinción del contrato de trabajo. También, se pronuncia en este sentido la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 (núm. rec. 402/2014) que mantiene que “no consideramos que se haya infringido el Convenio OIT 158. Si bien como regla general el art. 6.1 de este Convenio dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad no es causa justificativa de terminación de la relación laboral, seguidamente el art. 6.2 del citado Convenio establece determinados elementos de esa regla general pueden ser precisados de conformidad con los métodos de aplicación del Convenio, es decir, a través de la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales o cualquier otro método que sea válido conforme a la práctica nacional. Ese desarrollo efectuado por la norma española no desvirtúa el Convenio 158 OIT, pues no se abren ilimitadamente las partes para despedir por ausencias temporales derivadas de enfermedad o lesión, sino que se contrae esa posibilidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes”. Vid. también, STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014 (núm. rec. 695/2014) y STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017 (rec. 7675/2016).

tampoco considera que exista contradicción alguna, en la medida en que la previsión contenida en el art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, según la cual “la ausencia al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación laboral”, queda inmediatamente matizada por la previsión recogida en el apartado segundo de dicho precepto. De conformidad con esta previsión, mantiene el Alto Tribunal que el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, como efectivamente lo ha hecho mediante la regulación contenida en el art. 52 d) ET. A ello añade el Tribunal Constitucional que dicho precepto encaja en el art. 4 del citado convenio puesto que permite poner término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, incluyendo al respecto las necesidades de funcionamiento de la empresa, entre las que el Alto Tribunal incluye “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” previstas en el art. 52 d) ET.

Este criterio se ha visto reforzado, además, por la respuesta dada por la propia OIT a la reclamación planteada en su momento por los sindicatos CCOO y UGT sobre la adecuación del art. 52 d) ET al Convenio OIT. A tal efecto, el Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT llevado a cabo en la 321ª reunión en Ginebra el 13 de junio de 2014 concluye que “El Comité considera que las modificaciones de las definiciones y a las limitaciones de los que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 han sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1”¹⁵.

Todo lo expuesto permite concluir que, a pesar de los fundados argumentos que incorpora la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario, la doctrina contenida en la misma puede tener serias dificultades para consolidarse ante un hipotético recurso de casación en unificación de doctrina resuelto por el Tribunal Supremo. Aunque el TSJ de Cataluña también refuerza su interpretación invocando el valor hermenéutico que puede tener el art. 24 de la Carta Social Europea revisada, en virtud del cual, no se considera como justa causa del despido, la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente”, no parece que este argumento pudiera ser suficiente para cambiar el criterio adoptado hasta el momento por la doctrina judicial mayoritaria, más si

¹⁵ Vid. al respecto Gutiérrez Pérez, M.: “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, págs. 301 y 302.

cabe, si tenemos en cuenta que la Carta Social Europea revisada, aunque firmada, no ha sido ratificada aún por el Estado español.

La segunda cuestión que plantea el control de convencionalidad efectuado por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 se refiere a la posible vulneración por parte del art. 52 d) ET del derecho a la prevención de riesgos laborales, en la medida en que dicho precepto sería contrario a diferentes Tratados internacionales ratificados por el Estado español sobre esta materia que garantizan una protección superior a la ofrecida constitucionalmente por el principio rector del art. 40.2 CE –los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo–, cuya infracción el Tribunal Constitucional ha descartado en relación con los arts. 15 y 43 CE.

Efectivamente, la protección de la salud del trabajador ha sido, sin lugar a dudas, el derecho de los trabajadores que se ha visto más afectado por el despido por absentismo previsto en el art. 52 d) ET, resultando, *a priori*, dudosa su compatibilidad con diferentes derechos recogidos en la propia Constitución que amparan la salud del trabajador, en concreto, el art. 15, según el cual, “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”, y el art. 43, que “reconoce el derecho a la protección de la salud”, a los que cabe añadir el art. 40, que establece que los poderes públicos velarán por “la seguridad e higiene en el trabajo” de los trabajadores. A tal efecto, únicamente el “derecho a la vida y a la integridad física” se configura como un derecho fundamental, pero la íntima relación existente entre este derecho y los derechos a la protección de la salud y a la seguridad e higiene en el trabajo reconocidos al trabajador hacen necesario que los mismos sean abordados de un modo conjunto.

En este punto, cabe recordar que, tras la reforma laboral de 2012, la “causa objetiva” que habilita la extinción del contrato prevista en el art. 52 d) ET ya no es el perjuicio económico y productivo que un absentismo colectivo disparado podría generar en una empresa, sino la posibilidad de despedir a aquel trabajador que, por causa, entre otras, de enfermedad, no es “suficientemente productivo”. A partir de esta premisa, podría considerarse que de dicho precepto se deriva una situación de amenaza o coacción dirigida a todos los trabajadores en general y a los enfermos en particular que les disuada del ejercicio de un derecho tan elemental, ya se encuentre reconocido en el art. 15 y/o en el art. 43 CE, como es el derecho de ser reconocido en situación de incapacidad temporal en caso de enfermedad el tiempo necesario para la curación o mejora de su enfermedad¹⁶.

Esta argumentación podría encontrar su apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencia de 31 de enero de 2011 (núm. rec. 1532/2010),

¹⁶ Muy significativa en esta misma dirección es la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006

que conoce del recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (núm. rec. 188/2010), que declara la nulidad de un despido por parte de una empresa que actúa como “práctica habitual”, “coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo (...) cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo”, coacción que se vincula a la advertencia de adoptar “el despido para el caso de no aceptar la propuesta”. Frente a este comportamiento empresarial, la STS de 31 de enero de 2011 concluye que “la amenaza de despido pone en juego no sólo la tacha de discriminación, sino la eventual lesión del derecho a la integridad física”, lo que le lleva a concluir que “la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional”.

En base a estas argumentaciones, podría considerarse que el art. 52 d) ET en su configuración posterior a la reforma laboral de 2012 podría ser contrario al derecho a la integridad física, a la salud de los trabajadores y a la seguridad e higiene en el trabajo, reconocidos en los arts. 15, 40 y 43 CE, por configurarse como un instrumento de disuasión y/o de coacción del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a ser reconocido en situación de incapacidad temporal el tiempo necesario para la curación o mejora de su enfermedad. En este punto, podría mantenerse, incluso, que no fuera necesario que se ponga en peligro grave y cierto la continuación del tratamiento sanitario, ni la salud del trabajador, sino que podría bastar con introducir en el razonamiento el concepto de riesgo, a saber, ¿si puede el riesgo de ser despedido por la enfermedad incitar al trabajador a interrumpir su proceso de curación, o a no iniciarlo para no perder el empleo?; ¿si el despido puede suponer un riesgo para la condición física o psíquica del trabajador enfermo, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a no iniciar o interrumpir la curación, esto es, el proceso de recuperación de su salud?; ¿si puede el miedo al desempleo llevar al trabajador a no exteriorizar o explicitar

(núm. rec. 1309/2006), la cual establece que “reconocido explícitamente el derecho a la salud, a la integridad física, como valor directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar un impacto adverso, una consecuencia perjudicial. El trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud, no puede sufrir un acto de represalia por el empresario, manifestado en el despido, pues mal podría ser efectivo el derecho a preservar y recuperar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa”.

la enfermedad, viéndose privado, como consecuencia de la injerencia empresarial en el disfrute del derecho a prevenir, tratar y luchar contra la enfermedad?, etcétera¹⁷.

Sin embargo, los tribunales laborales, empezando por la propia Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, no han integrado hasta el momento estas reflexiones en sus decisiones. A título de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (núm. rec. 7474/2012) no comparte este criterio al considerar que a pesar de que exista una cierta conexión entre el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, ello no puede llevar a identificar o confundir ambos derechos. A tal efecto, la resolución mantiene que al trabajador que se halla de baja por incapacidad temporal, le asiste el derecho a no asistir de forma justificada a su puesto de trabajo, como también a recibir la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social que se le prescriba para su recuperación, pero, según la Sala, “este derecho poco o nada tiene que ver con que esté ejercitando el derecho fundamental a la integridad física del art. 15 de la Constitución, ni por lo tanto, cabe sostener que tal situación esté amparada por este precepto, aunque lo sea para luchar contra la decisión de la empresa de despedirlo”.

A mayor abundamiento, la citada resolución judicial concluye que para considerar que se produce una vulneración de la integridad física del trabajador es necesario que se pueda constatar una actuación empresarial de la que se derive un riesgo o produzca un daño a la salud del trabajador, lo cual nunca podrá tener lugar en un supuesto de un despido por ausencias del trabajador basadas en el art. 52 d) ET, “ya que es el legislador dentro de sus facultades el que ha decidido modificar dicho precepto para permitir a las empresas que puedan deshacerse de sus trabajadores que por las razones que fueren sin tener en cuenta la causa han estado en aquellas situaciones que no excepciona el párrafo segundo del artículo 52 d) TRET”.

En definitiva, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 mantiene que 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, pues, “por un lado el despido es una conducta que no tiene repercusión física o material alguna sobre el trabajador, aunque sí pueda tenerla de orden moral (...) y por último, porque lo que hace el

¹⁷ Véase este razonamiento en el voto particular que contiene la STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2007 (núm. rec. 3100/2007).

empresario es aprovechar una regulación que pretende sin más penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos para sus empresarios”.

Esta doctrina se ajusta, a su vez, a la contenida en la STS de 22 de noviembre de 2007 (núm. rec. 3907/2006), que ponía de manifiesto la “inaceptable asimilación del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) con el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”.

Es cierto que la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 intenta sortear estos razonamientos mediante la invocación del art. 4.1 del Convenio núm. 115 OIT, que establece la obligación de todo Estado Miembro de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, con el objeto de prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.

Esta previsión, a criterio del TSJ de Cataluña, no se ceñiría a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la salud, vida o integridad física, como sucede con la tutela constitucional que se acaba de exponer, sino que la tutela convencional se extendería a todo tipo de riesgos, de modo que la misma no podría ser compatible con la obligación que se desprende del art. 52 d) ET de que los trabajadores que sufren enfermedades que provocan ausencias intermitentes que les incapacitan para el trabajo acudan al trabajo, so pena de despido.

A mayor abundamiento, el Tribunal constata que esta circunstancia puede comportar un doble riesgo: a) En primer lugar, un riesgo para la salud de la persona trabajadora que, ante las altas tasas de desempleo existentes, hará lo posible para evitar la pérdida de su trabajo; y b) en segundo lugar, no cabe duda que el hecho de que una persona impedida para el trabajo acuda a trabajar supone un riesgo no solo para esta persona, sino también para terceros.

Pese a lo correcto de estos razonamientos, se plantean serias dudas de que los mismos puedan contrarrestar la consolidada jurisprudencia y doctrina judicial existente en materia de protección de la salud de los trabajadores enfermos despedidos mediante el art. 52 d) ET que, hasta la actualidad, ha considerado que el despido objetivo del trabajador por sus ausencias al trabajo no atenta contra la

salud de los trabajadores despedidos por tal causa, aunque el mismo se base en faltas de asistencia motivadas por enfermedad del trabajador.

Finalmente, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario, atendiendo a diferentes datos estadísticos, constata el mayor impacto de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal en las mujeres que en los hombres. A partir de esta premisa, concluye que el art. 52 d) ET se perfila como una disposición que, aunque en apariencia es neutra, pone a las personas de sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres. Esta circunstancia, según el TSJ de Cataluña, constituye una infracción del art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España, “por cuanto se produce una discriminación indirecta por razón de género en la garantía de los derechos a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicios; el derecho a la seguridad social, en particular en casos de incapacidad para trabajar y, en fin, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras, que dadas las mayores tasas de desempleo entre su colectivo, se ven lógicamente más afectadas por el precepto en cuestión”.

El abordaje del art. 52 d) ET desde una perspectiva de género que ahora invoca el TSJ de Cataluña tampoco es totalmente novedoso en el seno de la doctrina judicial, si bien, es cierto que este enfoque ha pasado a ocupar un primer plano, al menos mediático, a partir del voto particular emitido por la magistrada Dña. María Luisa Balaguer Callejón a la STC 118/2019 que, como ya se ha indicado, avalaba el despido por absentismo del trabajador previsto por el art. 52 d) ET.

Recuérdese al respecto que la magistrada considera en el referido voto particular que el art. 52 d) ET incurre en una clara discriminación indirecta por razón de sexo, lo cual, a su criterio, debería haber conducido al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, si bien, como es bien conocido, este no fue el criterio finalmente adoptado por la sentencia mayoritaria, la cual, ni tan siquiera, llegó a abordar la posible incompatibilidad del art. 52 d) ET con el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las trabajadoras.

El enfoque de esta cuestión desde una perspectiva de género ya se había insinuado con anterioridad en alguna resolución judicial. A título de ejemplo, la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019, aunque fuera de forma muy vaga, también indicaba que el carácter discriminatorio del despido de una trabajadora enferma puede derivar de hecho de que “estamos ante una patología netamente

femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género”. En consecuencia, esta sentencia se incardina en la línea argumental de acudir a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, para aquellos supuestos en que el despido de la trabajadora enferma se produzca como consecuencia de que la misma sufre una enfermedad que pueda considerarse como “feminizada”¹⁸.

A tal efecto, los partidarios de esta opción se apoyan en la doctrina del Tribunal Supremo que considera que el despido por enfermedad es discriminatorio cuando concurren circunstancias que “históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas”. A partir de esta consideración, se mantiene que, aunque la enfermedad quede fuera del concepto de discapacidad, el despido de una trabajadora por una enfermedad ligada a su sexo se considera discriminatorio y contrario a los derechos fundamentales de las mujeres¹⁹.

En esta dirección, se acude, entre otras, a la doctrina contenida en la STS de 27 de enero de 2009, según la cual, una enfermedad es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores, por lo que no puede ser considerada como un factor discriminatorio de despido. De ello se deduce, a *sensu contrario*, que la enfermedad sí puede ser considerada un factor discriminatorio en aquellos casos en los que sea específica de un grupo de personas, lo cual ocurriría en enfermedades de alta prevalencia femenina. Además, este criterio no resultaría válido únicamente para las enfermedades crónicas, sino que podría ser extensible a las incapacidades temporales por motivos vinculados a la biología de las mujeres o síntomas que padezcan las mismas con una frecuencia estadística mayor con respecto a los hombres²⁰.

Pese a lo atractivo que resulta el abordaje de esta cuestión desde una perspectiva de género que se contiene en la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario, no cabe duda que nos encontramos todavía ante un enfoque muy novedoso e incipiente de esta materia. Esta circunstancia aconseja que para valorar el verdadero alcance de este planteamiento que toma en consideración la perspectiva de género a la hora de enjuiciar los despidos de las trabajadoras enfermas se espere a futuros desarrollos judiciales del mismo.

¹⁸ Sobre esta perspectiva de género de la salud vid. Rivas Vallejo, P.: “Salud y Género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, págs. 227 a 286.

¹⁹ Vid. Aránguez Sánchez, T.: “El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pág. 341.

²⁰ Vid. A. Aránguez Sánchez, T.: “El despido por enfermedad...” cit. pág. 342.

Por todas las razones expuestas, a pesar de lo acertado del criterio del TSJ de Cataluña de someter a control de convencionalidad al art. 52 d) ET, contrastándolo con diferentes Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado Español, es cuanto menos dudoso que la conclusión alcanzada por dicho Tribunal de considerar que dicho precepto conculca lo previsto en dichos Tratados y Convenios internacionales, acabe siendo avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no en vano, como ya se ha constatado a lo largo de este trabajo, dicho precepto tradicionalmente ha mostrado una gran capacidad de pervivencia a lo largo de los años, en ocasiones, incluso ante alegaciones similares a las ahora acogidas por el TSJ de Cataluña²¹.

A ello cabe añadir, además, las insalvables dificultades que se han planteado en otros supuestos, también relacionados con la reforma laboral de 2012, a la hora de poder inaplicar normas de derecho interno por considerarse contrarias a lo dispuesto en diferentes Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado español. Baste con recordar al respecto los intentos por inaplicar el período de prueba de un año previsto por el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores por considerarse contrario a la normativa internacional. Pese a estos esfuerzos, únicamente mediante la intervención del legislador se acabó derogando esta modalidad contractual y, por extensión, el periodo de prueba a todas luces excesivo que en la misma se contemplaba.

Más allá de las dificultades que pudiera encontrar la consolidación de la doctrina contenida en la STSJ de Cataluña de 17 de enero al ser enjuiciada por el Tribunal Supremo, la misma aún plantea un claro inconveniente, no en vano, pese a inaplicar el art. 52 d) ET al supuesto enjuiciado, por considerar que infringe derechos como el derecho al trabajo, a la salud, aunque sea en su vertiente de salud laboral y de igualdad y no discriminación, reconocidos en diferentes normas internacionales, únicamente acaba declarando la improcedencia del despido enjuiciado. Es cierto que este fallo se encuentra claramente condicionado por la existencia de una causa justa de despido recogida en el art. 52 d) ET y el aval que del mismo había efectuado el Tribunal Constitucional, pero, aun así, la declaración de improcedencia parece muy poca sanción para un supuesto en que se consideran vulnerados derechos del trabajador tan relevantes como los que se acaban de indicar.

Por último, también con independencia de las posibilidades de consolidación de la doctrina contenida en la STSJ de Cataluña de 17 de enero, la misma plantea una última carencia consistente en que el control de convencionalidad que lleva a cabo dicha resolución judicial, al contrastar el art. 52 d) ET con

²¹ Baylos Grau, A. Sobre la derogación del despido por absentismo... cit. y Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: "El Estatuto de los Trabajadores...", cit. pág. 9.

diferentes Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado español, únicamente conlleva la inaplicación de la norma nacional contraria al canon internacional, pero no lleva aparejada en ningún caso la supresión o la anulación de la norma en cuestión, de modo que la misma sigue vigente en el ordenamiento jurídico, siempre a expensas de interpretaciones judiciales que puedan resultar más proclives a su aplicación.

Por todo ello, debe saludarse de forma muy efusiva que la respuesta a las serias dudas de legalidad internacional que plantea el art. 52 d) ET haya venido de la definitiva derogación de dicho precepto que ha llevado a cabo el Real Decreto-Ley 4/2020. Únicamente mediante esta vía queda asegurada la definitiva supresión de esta causa de despido objetivo por ausencias del trabajador y, por tanto, su definitiva expulsión de nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

En este punto, cabe llamar la atención sobre el hecho de que los motivos invocados por el Preámbulo del Real Decreto-Ley 4/2020 para proceder a la supresión del art. 52 d) ET y, por tanto, de la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador que en la misma se contiene, consisten básicamente en la consideración de que dicho precepto, entendido como un procedimiento de aplicación automática que no permite el juicio de adecuación y proporcionalidad requerido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “es un instrumento susceptible de provocar discriminación indirecta por razón de discapacidad y también de género”.

Obsérvese, por tanto, como el legislador, a la hora de justificar la supresión del art. 52 d) ET, acude a sendas doctrinas judiciales que se habían ido formulando en los últimos años por los tribunales laborales. La primera, que tendría como principal exponente, a la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019 (núm. rec. 664/2018), que había resuelto que no debían ser computadas entre las ausencias que justifican la extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 52 d) ET, aquellas que fueran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad entendida en sentido amplio. Y, la segunda, que entroncaría con la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario, que, entre otros motivos, había procedido a inaplicar el art. 52 d) ET por considerar que dicho precepto suponía una desventaja para las personas de sexo femenino respecto a las del sexo masculino. Por todo ello, es de justicia reconocer el papel básico que en la derogación de la causa de despido por absentismo del trabajador hasta ahora prevista en el art. 52 d) ET han jugado los tribunales laborales, habiendo contribuido de un modo decisivo a cuestionar la legitimidad de esta causa de extinción del contrato de trabajo y empujando de este modo al legislador a eliminarla de un modo definitivo del ordenamiento jurídico laboral.

No acaba, sin embargo, en este momento el trabajo de los diferentes operadores jurídicos, no en vano, el Real Decreto-Ley 4/2020 únicamente ha procedido a derogar el art. 52 d) ET y, en consecuencia, el despido objetivo por ausencias del trabajador que el mismo regulaba, pero nada se establece respecto a aquellos supuestos en que, aunque formalmente no se reconozca, efectivamente se procede a despedir a un trabajador por sus faltas de asistencia justificadas al trabajo, incluidas las justificadas por razón de enfermedad. Claro está, que en este supuesto el despido ya no podrá ser calificado como procedente, sino que el mismo deberá reconducirse a la declaración de improcedencia, con la consiguiente ampliación de los derechos indemnizatorios de los trabajadores afectados -de los veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades previstos para el despido objetivo a los treinta y tres días de salario por año de servicios hasta un máximo de veinticuatro mensualidades que corresponden a un despido improcedente-, pero ello no impedirá que con estos despidos se sigan vulnerando diferentes derechos laborales de los trabajadores –salud, derecho al trabajo, derecho a la igualdad y no discriminación, etcétera-²².

Ahora más que nunca, por tanto, será necesario dar la batalla y agudizar el ingenio para conseguir la declaración de nulidad de los despidos de los trabajadores enfermos frente a su habitual declaración de improcedencia por parte de los tribunales laborales. En este punto, no cabe duda que la supresión del art. 52 d) ET no puede resultar inocua, puesto que, como acertadamente se ha indicado, con la supresión de esta causa de despido se desposee a la actuación empresarial del más mínimo vestigio de licitud, reforzándose de este modo “ciertos elementos concomitantes que insertan el despido entre los comportamientos discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales”²³, que deberán ser abordados en cada supuesto concreto a los efectos de permitir calificar el despido del trabajador enfermo como nulo.

²² Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: “El Estatuto de los Trabajadores...” cit. pág. 19, considera al respecto que la supresión del art. 52 d) ET no prohíbe realmente el despido por razones de salud, sino que lo convierte en causa injusta, elevando el precio del mismo, salvo que se acredite violación de un derecho fundamental, lo cual genera una gran incertidumbre jurídica.

²³ Vid. Baylos Grau, A. Sobre la derogación del despido por absentismo... cit.