

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

EL DESPIDO DEL ARTÍCULO 52 d) ET NO SUPERA(BA) EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

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

PIERRE-HENRI CIALTI*

SUPUESTO DE HECHO: Una trabajadora, técnica de laboratorio, presta sus servicios para la empresa KERN PHARMA, S.L., desde el 14 de mayo de 1976. El 3 de enero de 2019, se le entrega carta de despido, con base en el artículo 52 d) ET, por ausencias justificadas e intermitentes. La empresa considera que las ausencias justificadas superan los porcentajes legales establecidos. La trabajadora formula demanda sobre despido, alegando que no se cumplen tales porcentajes, ante el juzgado de lo Social nº1 de Terrassa, que desestima la demanda y declara procedente el despido, considerando cumplidos los porcentajes exigidos. Contra esta sentencia, la trabajadora formula recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña que dicta la sentencia objeto del presente comentario.

RESUMEN: Eludiendo la cuestión del cumplimiento de los porcentajes legales –que se cumplen-, la sentencia nº 274/2020, de 17 de enero de 2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de la que fue ponente el magistrado Carlos Hugo Preciado Domènech, procede a un control de convencionalidad y a un juicio de aplicabilidad del artículo 52 d) ET respecto a las normativas internacionales y europeas, al margen, por tanto, del control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional en su controvertida Sentencia 118/2019. El TSJ de Cataluña plantea una serie de tres argumentos relativos al derecho a no ser despedido sin una justa causa, al derecho a la prevención de riesgos laborales y, finalmente, a la no discriminación por razón de sexo, adoptando una perspectiva de género. Llega a la conclusión de que la norma es inaplicable por vulnerar el derecho internacional y europeo, por lo que estima el recurso y declara el despido improcedente, por ausencia de causa legal. Esta Sentencia viene a complementar la compleja interrelación de sentencias de varios tribunales nacionales e internacionales sobre el despido basado en ausencias debidas a la salud, mediante un control de convencionalidad exhaustivo del art. 52 d) ET. En este marco, resulta interesante comparar la argumentación del TSJ con la de los demás pronunciamientos, así como la de la exposición de motivos del RDL 4/2020 de 18 de febrero, que abroga el artículo 52 d) ET. En este periodo de cuatro meses, entre la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019, y el RDL 4/2020, esta sentencia del TSJ de Cataluña ofrece una base argumental sólida y singular, que justifica el presente comentario.

* Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VS. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
 - 2.1. Una jurisprudencia constitucional reafirmada pero controvertida
 - 2.2. El control de convencionalidad del art. 52 d) ET: la novedosa iniciativa del TSJ de Cataluña
3. LA TRIPLE FUNDAMENTACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
 - 3.1. El derecho a no ser despedido sin justa causa
 - 3.2. El derecho a la prevención de riesgos laborales
 - 3.3. La perspectiva de género
4. LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 52 D) ET POR EL RDL 4/2020 Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS
 - 4.1. La argumentación de la exposición de motivos del RDL 4/2020
 - 4.2. ¿Desaparecen las discriminaciones por la desaparición del despido por faltas repetidas?
5. CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

A priori, desde el RDL 4/2020, de 18 de febrero, podría parecer superfluo abordar la conformidad con las reglas internacionales del, hoy en día, derogado artículo 52 d) ET. Sin embargo, su abrogación puso el broche final a una serie de pronunciamientos judiciales y constitucionales, así como de aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuya interacción revela elementos muy valiosos para entender la mecánica actual de la formación del Derecho.

El despido por ausentismo del artículo 52 d) ET permite tomar en cuenta determinadas ausencias justificadas -especialmente las ausencias no laborales por Incapacidad Temporal (IT) inferior a veinte días- y repetidas -en referencia a un porcentaje fijado en un plazo legalmente establecido-, para dar una causa a la extinción del contrato de trabajo. Considerando que estas ausencias repetidas, aunque justificadas, suponen un coste directo o indirecto para el empresario¹, la finalidad de la norma reside en tomar en consideración otro interés, el interés empresarial, amparado por la libertad empresarial del artículo 38 CE, que obliga los poderes públicos a garantizar y proteger la productividad de las empresas.

A partir de la reforma de 2012², que suprime la toma en consideración de un índice de ausentismo global en la empresa³, se puso en serias dudas la cons-

¹ Además de gastos económicos directamente vinculados con la persona ausente, pueden producir alteraciones en la organización de la empresa (problemas de producción, de recursos humanos, de sobrecarga de trabajo en otros trabajadores, es decir, de disminución de la productividad). Para profundizar, ver A. Arias Domínguez, *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Aranzadi, 2005, p. 202.

² Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

³ Inicialmente fijado en un 5%, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, lo redujo al 2,5%.

titucionalidad del artículo 52 d) ET⁴. Este índice, que participaba del carácter proporcional de la regla legal, permitía contemplar, de manera objetiva, el carácter oneroso de la ausencia individual que produce un perjuicio a la empresa, respecto al absentismo colectivo en la empresa, cuyo coste podía justificar tal medida cuando se alcanzaran los porcentajes fijados⁵. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional (TC) reiteró la conformidad del artículo 52 d) ET con la Constitución en la Sentencia 118/2019, si bien con muchas discrepancias en su seno. En todo caso, esta sentencia se ha limitado a la apreciación de la adecuación de la regla legal al marco constitucional, dejando la puerta abierta a un control de convencionalidad.

Pues bien, la sentencia objeto de comentario abre la puerta y aprecia el artículo 52 d) ET respecto a los Tratados y Convenios Internacionales firmados y ratificados en España y llega a la conclusión de que el artículo 52 ET vulnera este marco normativo internacional y resulta, por lo tanto, inaplicable al caso concreto. Los despidos pronunciados en virtud de este artículo no tienen causas legales y deben considerarse improcedentes.

Para apreciar su alcance, podemos incardinar esta Sentencia del TSJ de Cataluña, de manera cronológica, entre la STC 118/2019 y la abrogación del artículo 52 d) ET por el RDL 4/2020, para así confrontar las bases argumentales de cada uno de estos hitos y, respecto al RDL 4/2020, determinar sus posibles consecuencias prácticas.

2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VS. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.1. Una jurisprudencia constitucional reafirmada pero controvertida

La STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019, que representa el “*parámetro interpretativo de las leyes*” en palabras de la Sala del TSJ de Cataluña, reafirma su línea jurisprudencial y declara conforme a la Constitución el artículo 52 d) ET⁶. Para ello, procede a su apreciación en relación con varios preceptos de la

⁴A. Baylos Grau, “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*, nº 57, 2012, p. 13.

⁵S. González Ortega, *Absentismo y despido del trabajador*, Aranzadi, 1983, p. 217.

⁶Sobre esta Sentencia, ver J. Moreno Gené, “La extinción del contrato por ausentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, nº 55, 2020; J.L. Monereo Pérez y G. Rodríguez Iniesta: “El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propó-

Constitución, sin valorar, dada la cuestión formulada por el juzgado de instancia, si existe vulneración del artículo 14 CE por una posible discriminación por discapacidad.

En efecto, la cuestión de constitucionalidad se centra en el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) y en el derecho al trabajo (art. 35.1 CE). Para el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, la posibilidad de justificar un despido objetivo sobre acontecimientos que no están en manos de los trabajadores, tales como problemas de salud atestados por el personal sanitario habilitado para ello, produce una presión sobre el comportamiento de los trabajadores, tendente a forzar su reincorporación al trabajo en detrimento de su salud, que podría verse empeorada⁷. Igualmente, señalando que la regla del artículo 52 d) ET se ampara en el artículo 38 CE relativo a la libertad de empresa, considera que no puede dar cobijo a una decisión basada en comportamientos independientes de la voluntad de los trabajadores y que deberían ser computadas únicamente las faltas injustificadas. Dicho de otro modo, no considera proporcional la regulación del artículo 52 ET para garantizar el ejercicio de la libertad de empresa, que puede, por una parte, protegerse por otras vías, como la apreciación de un índice colectivo de absentismo laboral, la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente, el despido por ineptitud sobrevenida o, finalmente, el carácter desincentivador de la pérdida salarial sufrida por los trabajadores ausentes.

Pues bien, lo primero que llama la atención es el carácter lineal y central que la sentencia del TC otorga a la protección de la libertad de empresa y al papel de los poderes en pos de la defensa de la productividad de las empresas. Así, inserta de forma decidida su análisis en el marco de la libertad de empresa y de la protección de la productividad de las empresas, subrayando los costes directos e indirectos que supone el ausentismo laboral, especialmente de corta duración y de carácter intermitente, para las empresas españolas. Su finalidad es, por lo tanto, legítima. Como lo indica el propio TC, esta visión economicista se asume también en la doctrina sentada por el TJUE, en su Sentencia de 18 de enero de 2018, caso Ruiz Conejero⁸.

sito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE, 20 de enero), *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 21, 2019.

⁷ También subrayado por C. Molina Navarrete: “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 370, 2014, pág. 189.

⁸ Haciendo uso del valor hermenéutico, con fundamento en el art. 10.2 CE, que la jurisprudencia del TC reconoce a los tratados constitutivos y a sus sucesivas reformas, así como al Derecho derivado (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

A partir de este postulado, entra en valorar la posible vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 CE, procediendo a un juicio de ponderación con el derecho a la libertad de empresa y la obligación de los poderes públicos de proteger la competitividad de la empresa.

De forma sintética, en relación con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la salud (art. 43.1 CE)⁹, si bien no descarta totalmente la idea de que “*el temor de los trabajadores a perder su puesto por aplicación de lo previsto en el art. 52.d) LET puede empujarles a acudir al trabajo pese a sufrir una enfermedad o indisposición, con el riesgo de comprometer su salud*”¹⁰, considera finalmente que el despido “*no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador*”. Para ello desgrana dos ideas principales. Por una parte, el artículo 52 d) ET excluye determinados supuestos, bien porque se justifican en la ley (huelga, ejercicio de las funciones de representación de los trabajadores, vacaciones, etc.), bien porque responden a situaciones que merecen especial protección (enfermedades graves de larga duración, accidente de trabajo, nacimiento y situaciones análogas o violencia de género). Parece considerar que, en las ausencias de corta duración, no existe un riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores que no se encuentran desprotegidos, ya que siguen cubiertos por el sistema sanitario. Por otra parte, objetiviza un número de faltas que justifican el despido, entendiendo así que no es la enfermedad la causa del despido, sino las faltas repetidas, aunque justificadas.

En cuanto al derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 CE, especialmente en su vertiente individual respecto al derecho a la estabilidad en el empleo¹¹, el TC considera que sigue existiendo una causa justa de despido (las ausencias repetidas) y que el precepto garantiza la “*objetividad y certidumbre a la causa extintiva del absentismo laboral*”, así como la entrega de la indemnización correspondiente. Por lo tanto, el artículo 52 ET alcanza una ponderación adecuada de los intereses en conflicto, mediante la exclusión de supuestos que no entran en el cómputo y la posibilidad de control judicial que ha de apreciar, si

⁹ Sobre ello, ver E. Carrizosa Prieto, “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por ejercicio de derecho fundamental?, *Temas Laborales*, n.º 96, 2008.

¹⁰ Ahora bien, cuando el probable temor, se acompaña de prácticas de coacción habitual, el Tribunal Supremo considera 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*”, por lo que declara nulo el despido (STS de 31 de enero de 2011, rec. n.º 1532/2010).

¹¹ Es decir, a no ser despedido sin justa causa (ver STC 192/2003, de 27 de octubre).

el despido en el caso concreto, se ha adoptado de acuerdo con la finalidad de la norma, es decir, en palabras del TC *“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)”*.

Esta sentencia contiene dos votos particulares contundentes, formulados por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón y por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré¹². No se trata de profundizar en ellos, sino de conocer la base argumental que les conduce a rechazar la posición mayoritaria del pleno.

Para la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, la ponderación realizada es inadecuada, pues extralimita el protagonismo del artículo 38 CE, especialmente frente a un derecho fundamental como el derecho a la salud y a la integridad física, que puede ser afectado por la obligación indirecta que pesa sobre la trabajadora de incorporarse, en perjuicio de *“su salud individual, aparte de ser susceptible de generar serios riesgos de salud pública”*. Igualmente, hace alusión a la discriminación indirecta por razón de sexo, pues los datos demuestran que este precepto afecta *“en mayor medida a la mujer, debido a las negativas consecuencias que tiene su doble jornada, es decir, su mayor dedicación al cuidado de los hijos, de los discapacitados y los dependientes (ascendientes y descendientes), junto a su jornada laboral, lo que conlleva también una afectación sobre su salud, incidiendo todas estas circunstancias de manera negativa en su actividad laboral”*. Incide también en las *“condiciones fisiológicas”* de las mujeres que *“las deja expuestas en mucha mayor medida a sufrir bajas por incapacidad laboral de corta duración o a faltas de asistencia debidas a sus cargas familiares, que pueden quedar sometidas a la aplicación del art. 52 d) ET”*¹³.

El voto formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré rechaza la posibilidad de realizar un juicio de ponderación, considerando que la cuestión del despido no ha de ser vinculada a la libertad de empresa que permite tal juicio¹⁴, *“salvo que admitamos como suficientes las conexiones indirectas o vagas, o salvo que adquiera carta de naturaleza en el juicio de constitucionalidad la articulación retórica de conflictos imprecisos, derivados, indirectos o potenciales*

¹² Al que se adhiere el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón. El magistrado Juan Antonio Xiol Ríos adhiere a ambos votos particulares, pero respecto al voto particular formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, únicamente a la vulneración del art. 35.1 CE.

¹³ Especialmente en relación con la discapacidad relativas a enfermedades crónicas *“de alta prevalencia femenina”* o causadas por la acumulación de incapacidades temporales vinculadas a la condición de mujer, ver T. Aránguez Sánchez, “El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 51, 2018, p. 325.

¹⁴ Enumera lo que constituye su contenido esencial: las condiciones de inicio de la actividad y la garantía de ejércela en condiciones de igualdad.

entre derechos”¹⁵. A partir de ahí, el debate se debe focalizar únicamente en si las ausencias repetidas y justificadas constituyen una causa justa que justifica el despido, es decir, una limitación del derecho al trabajo en su vertiente individual. Afirma que el temor al despido “*disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado sólo en la existencia misma de la enfermedad*”, lo que vulnera la protección de la salud e imposibilita la existencia de una justa causa.

2.2. El control de convencionalidad del art. 52 d) ET: la novedosa iniciativa del TSJ de Cataluña

Se puede afirmar que el carácter novedoso de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña reside en el hecho de que recoge el guante lanzado por el TC en la Sentencia 118/2019, cuando apunta 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*”.

Sobre ello, es preciso hacer mención de la importante STC 140/2018, de 20 de diciembre, según la cual “*la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario*”¹⁶.

Así, la sentencia del TSJ de Cataluña remarca que no existe conflictos ni contradicción, pues el control de convencionalidad del artículo 52 d) ET se realiza independientemente de la jurisprudencia del TC y del control de constitucionalidad

¹⁵ El voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón se muestra igualmente crítico hacia lo que podríamos calificar de uso masivo del artículo 38 CE en la reciente jurisprudencia del TC. Así, afirma que “*el control del absentismo es una cuestión que se refiere al funcionamiento interno, a la organización, pero que no adquiere una dimensión constitucional que pueda tener en cuenta el art. 38 CE*”.

¹⁶ En este sentido, F. Valdés Dal- Ré, ponente de la sentencia, afirma en un artículo que “*la potestad de la jurisdicción ordinaria se concreta así en una inaplicación de la norma nacional contraria al canon internacional, sin que dicha potestad lleve aparejada una consecuencia anulatoria. En suma, el control de convencionalidad atribuye a la norma internacional un carácter prevalente*”. Ver también, M. Llobera Vila, “El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales: STC núm. 140/2018, de 20 de diciembre”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 222, 2019, p. 252.

operado en su seno¹⁷, y se hace respecto a los convenios y tratados internacionales ratificados por España que prevalecen en caso de conflicto sobre las normas legales, por lo que nos interesa, sobre el artículo 52 d) ET, en virtud del principio de jerarquía normativa¹⁸.

En este marco, el razonamiento de la Sala del TSJ de Cataluña parte, como cuestión previa, del necesario juicio de aplicabilidad del artículo 52 d) ET al litigio. De considerar la norma estatutaria inaplicable, se debería declarar el despido improcedente, pues se hubiera realizado sin fundamento legal.

3. LA TRIPLE FUNDAMENTACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La sentencia realiza una síntesis de los diversos tratados y convenios internacionales, así como de las interpretaciones de los órganos de expertos correspondientes, en relación con la problemática, es decir, con el despido por causa de ausencias repetidas vinculadas a la salud, e identifica tres derechos afectados.

3.1. El derecho a no ser despedido sin justa causa

En el ámbito de la OIT¹⁹, la sentencia del TSJ de Cataluña se refiere al artículo 6.1 Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, que excluye como causa justificada de terminación de la relación de trabajo “*la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión*”. En su apartado dos, remite a cada país la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, así como “*la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones*” a la prohibición del despido²⁰.

Llega a la conclusión de que el marco regulador de la OIT “*ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el art.35.1 CE*”. En este sentido

¹⁷ Sin perjuicio de su intervención, vía un posible recurso de amparo respecto a la interpretación de realizada en la sentencia judicial.

¹⁸ Art. 27 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 y art. 31 (Prevalencia de los tratados) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales, según el cual “*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*”.

¹⁹ Ver J. Moreno Gené, “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.

²⁰ Igualmente, menciona un informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) de 1995, según el cual “*el Convenio deja que el concepto*

argumenta que el marco constitucional español se limita a proyectar el derecho al trabajo en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo (exigencia de justa causa de despido) y a someter el poder disciplinario del empleador a límites legalmente previstos. Al contrario, en el marco de la OIT, el derecho a no ser despedido sin justa causa “*se garantiza con una protección suplementaria, de rango Convencional, consistente en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo motivada por enfermedad*”. Así, no podría encajar en ninguna de las causas de despido que prevé el art. 4 del Convenio 158 OIT.

Aquí, cabe hacer referencia a la posición divergente del TC, que vincula ausencias repetidas y libertad de empresa, posibilitando el encaje de tal despido en el artículo 4, considerándolo relacionado con “*las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*”²¹. Ahora bien, como lo subraya la Sentencia del TSJ de Cataluña, estas consideraciones del TC “*constituyen un obiter dicta no vinculante, por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria*”. En todo caso, responde a razonamiento del TC considerando que el margen de actuación del que disponen los Estados en virtud del artículo 6.2

de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales. Pero, a entender de la Comisión, 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”, sin aludir a informes más recientes, como el informe presentado el 13 de junio de 2014, sobre la conformidad al artículo 6 del Convenio 158 del nuevo artículo 52 d) ET tras la reforma de 2012 (ver M., Gutiérrez Pérez, “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*, nº 39, 2014, p. 301, para quien, sobre la base de este informe “*podríamos entender que el reseñado artículo del Convenio se convierte, realmente, en un instrumento normativo habilitante para que los instrumentos de regulación nacional operen con absoluta libertad en este terreno a la hora de abordar el absentismo como causa de extinción de la relación de trabajo, pudiendo determinar, sin ataduras, los elementos que integran, en este terreno, el concepto de ausencia temporal al trabajo, así como las limitaciones a la misma*”).

²¹ En este sentido, la STC 118/2029 afirma que “*no apreciamos que la regulación contenida en el art. 52 d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT*”. Para ello, considera que “*el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, como efectivamente lo ha hecho mediante la regulación contenida en el art. 52 d) LET. Por lo demás, esta regulación se acomoda a lo dispuesto como regla general en el art. 4 del propio Convenio 158 de la OIT, conforme al cual cabe poner término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Entre ellas sin duda cabe incluir la defensa de la productividad, que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un período determinado, conforme a las previsiones del art. 52 d) LET*”.

Convenio 158 OIT, consiste en la posibilidad de delimitar conceptos o de poner limitaciones que no pueden conducir, en la práctica, a dejar sin efecto el precepto anterior. En este marco, concluye que *“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”*²².

Para terminar, conviene apuntar que la sentencia del TSJ de Cataluña hace referencia a la Carta Social Europea (CSE) revisada de 1996, firmada pero no ratificada por España, y pone de relieve su *“innegable criterio hermenéutico para perfilar el contenido y el alcance del derecho a no ser despedido (sic) por ausencias temporales del trabajo por motivos de enfermedad”*. Así, menciona el artículo 24.3 f) CSE, según el cual no se considera justa causa de despido *“la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente”*²³. Igualmente, menciona el Convenio Europeo de Derechos Humanos considerando, sin embargo, que no se puede establecer una vulneración por parte del artículo 52 d) ET, tras repasar las principales sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de despido por estado de salud y discriminación por estado de salud²⁴.

3.2. El derecho a la prevención de riesgos laborales

Para abordar la cuestión de la prevención de riesgos, el TSJ de Cataluña parte de un postulado. Con referencia a palabras de la STC 118/19, afirma que *“el despido por ausencias intermitentes derivadas de enfermedad común o accidente no laboral supone, sin ningún género de duda, un riesgo para la salud de la persona trabajadora”*. Igualmente, pone de relieve el riesgo para los terceros que supone una persona trabajadora contagiosa o *“en estado febril”* en determinados puestos de trabajo.

A partir de ello, de manera similar al derecho a no ser despedido sin justa causa, el TSJ de Cataluña considera que la normativa internacional resulta más protectora que la interpretación realizada por el TC del artículo 40.2 CE relativo

²² En parecido sentido, el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón en la STC 118/2020.

²³ Remite también a la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales, según la cual puede ser causa justa de despido, la ausencia que afecta gravemente el funcionamiento de la empresa y que se hace necesaria la sustitución efectiva y definitiva de la persona ausente.

²⁴ Afirma la sentencia que la doctrina del TEDH *“es esencialmente coincidente con la sostenida por el TC”*.

al derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo, en conexión con los artículos 15 y 43 CE.

Según la jurisprudencia constitucional, ciertamente vinculada a supuestos más extremos y directamente conectados con la salud y la seguridad en el lugar de la prestación de trabajo, *“no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental [a la integridad física], sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”*²⁵.

Por el contrario, argumenta el TSJ de Cataluña que, en base al artículo 4.1 del Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores²⁶, y a informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, los Estados miembros han de limitar, en la medida en que sea razonable y factible, las causas conectadas con el trabajo que pueden dañar a la salud, sin mayores limitaciones relativas al carácter grave y cierto del riesgo. En la misma línea que refuerza el vínculo entre seguridad y salud, e integridad física, menciona, de nuevo, la Carta Social Europea revisada de 1996²⁷, así como su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales²⁸, y el artículo 3 de la Carta Social Europea de Turín de 1961 ratificada por España²⁹. En este contexto, concluye que *“esa obligación de reducir al mínimo los riesgos, asumida por el Estado, no parece 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 sentido, el artículo 52 d) ET implica una presión indirecta para obligar a la persona trabajadora a volver al trabajo para evitar despido, especialmente, como

²⁵ STC 220/2005, de 12 de septiembre; STC 62/2007, de 27 de marzo; y STC 160/2007, de 2 de julio.

²⁶ También menciona el artículo 5 b) del Convenio 155 OIT, que se refiere a la obligación de adaptar el tiempo de trabajo a la capacidades físicas y mentales de los trabajadores, para poner de relieve la obligación de tomar en cuenta los tiempos de ausencias en relación con la protección de salud.

²⁷ Art. 3 que prevé que la *“política nacional coherente sobre seguridad, salud, de los trabajadores y del entorno laboral”* tiene como *“objetivo principal [...] mejorar la, seguridad y la salud en el trabajo y prevenir accidentes y lesiones a la salud que resulten del trabajo, estén relacionados con el trabajo u ocurran durante el trabajo, en particular minimizando las causas de los riesgos inherentes al lugar de trabajo.”*

²⁸ Tal como reproduce la STSJ de Cataluña, *“El CEDS ha interpretado dicho precepto diciendo lo siguiente: El derecho de cada trabajador a un ambiente de trabajo seguro y saludable es un derecho ampliamente reconocido que fluye directamente del derecho a la integridad de la persona humana, uno de los principios fundamentales de los derechos humanos (Conclusiones 1 (1969), Observación interpretativa del artículo 3)”*.

²⁹ Relativo a las garantías para el ejercicio efectivo del Derecho a la seguridad y la higiene en el trabajo.

lo subraya la Sala, en un contexto de alto desempleo, lo que provoca un riesgo, que no ha de ser necesariamente grave y cierto, para la salud y seguridad.

3.3. La perspectiva de género

Ciertamente, como lo apunta la sentencia del TSJ de Cataluña, en virtud del artículo 4 LO 3/2017, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la perspectiva de género constituye “*un criterio hermenéutico transversal, que afecta a todo tipo de normas jurídicas, incluidos los Convenios y Tratados internacionales*”.

Así, la Sala observa una vulneración del artículo 11, relativo a las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979³⁰. Dado que las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal afectan más a las mujeres, como lo resalta igualmente uno de los votos particulares a la STC 118/2019, considera que existe discriminación indirecta, pues “*nos hallamos ante una disposición, (art.52d) ET, que es aparentemente neutra, pero que pone a personas del 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 las mujeres que a los hombres*”. Refuerza su argumentación, señalando que la medida no soporta el juicio de ponderación en relación con el artículo 38 CE, pues el despido “*no parece que sea necesario y adecuado, toda vez que existen medidas mucho menos intrusivas*”, como el plazo de carencia en caso de incapacidad temporal, el control administrativo de las incapacidades temporales o, incluso, la reinstauración del índice comparativo de referencia respecto al conjunto de la empresa.

4. LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 52 D) ET POR EL RDL 4/2020 Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

4.1. La argumentación de la exposición de motivos del RDL 4/2020

La sentencia del TSJ de Cataluña constituye una perfecta ilustración práctica de uno de los motivos objetivos y de oportunidad política esgrimidos por el Gobierno para justificar la aprobación inmediata del RDL 4/2020, de 18 de

³⁰ Convención ratificada en España en 1983. El artículo 11 se refiere, entre otros, al derecho a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio; al derecho a la seguridad social (en caso de enfermedad u incapacidad para trabajar); y al derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo.

febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del ET. En efecto, en su exposición de motivos, se afirma que su aprobación inmediata permite aportar seguridad jurídica y *“responde a la necesidad imperativa de evitar que se produzcan más resoluciones judiciales a nivel interno que resulten contradictorias entre sí”*.

Además de garantizar el principio de seguridad jurídica, el RDL avanza otros dos motivos, en cierta medida interconectados, para justificar su aprobación: por una parte, la aplicación del principio de primacía del derecho europeo que implica garantizar, en este caso, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como la jurisprudencia del TJUE en la materia; por otra parte, se alega *“la necesaria protección de los colectivos especialmente vulnerables de nuestra sociedad”*, en este caso, de las personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración o de las mujeres que deben ausentarse de su trabajo para cumplir con tareas de cuidados.

En primer lugar, la exposición de motivos parece empezar a modo de respuesta encubierta a una consideración del TC en su sentencia 118/2019, según la cual el artículo 52 ET sanciona un volumen de ausencias en un plazo determinado que causa un perjuicio al empleador, y no la enfermedad. En efecto, termina su primer párrafo subrayando que, en la práctica, la aplicación del artículo 52 d) ET conduce a limitar las ausencias a tomar en cuenta para los porcentajes, a las ausencias debidas a *“las faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días”*.

En segundo lugar, pone de relieve la aplicación automática y abstracta del artículo 52 d) ET, sin que sea necesario que haya *“en cada caso juicio de adecuación y proporcionalidad”*, especialmente desde el año 2012 y la supresión de la apreciación del volumen de absentismo global en la empresa.

En tercer lugar, por lo que se refiere a las personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración³¹, la exposición de motivos se basa en la jurisprudencia del TJUE, en el marco de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Así, reproduce la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero), en virtud de la cual *“se opone a directiva 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, 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”*

³¹ STJUE de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark.

y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente". Sabemos la respuesta del TC: se trata de una medida adecuada, pues tiene una finalidad legítima (proteger la libertad de empresa) y resulta proporcional (pues no se toman en consideración todas las faltas, existe control judicial). Al contrario, la exposición de motivos entiende que la jurisprudencia del TJUE³² *"obliga a que existan mecanismos dirigidos a contraponer y evaluar la situación concreta caso por caso, a efectos de determinar si la medida es proporcionada. Por contra, esta previsión de análisis «ad hoc» no existe en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que se aplica con carácter automático cuando concurren los porcentajes de inasistencia que refiere"*³³.

En cuarto lugar, desde la perspectiva de género y en consonancia con el voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón en la STC 118/2019³⁴, la exposición de motivos apunta que el despido por ausencias repetidas *"es susceptible de afectar particularmente a las mujeres, dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples"*, con referencia a la STJUE, de 20 de junio de 2013 (Asunto Riezniece). Por lo tanto, desde el postulado de que la conciliación no recae solo en la persona sino también *"en la empresa y en la sociedad, [...] su inmediata supresión resulta presupuesto imprescindible para la configuración de un nuevo contexto en el que la conciliación y la corresponsabilidad constituyan un referente imprescindible"*.

4.2. ¿Desaparecen las discriminaciones por la desaparición del despido por faltas repetidas?

Según la exposición de motivos, la derogación el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores debe *"erradicar la situación susceptible de generar discriminaciones"*. ¿Puede ser así?

Por una parte, en derecho interno, existen otras vías para proceder al despido disciplinario en caso de faltas injustificadas³⁵, o al despido objetivo en caso de

³² Igualmente, la exposición de motivos alude a la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto Nobel Plastiques Ibérica) que precisa que, para admitir la compatibilidad del artículo 52 d) ET con la directiva 2000/78/CE, debe existir una obligación para el empresario de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo y que, solo frente a la imposibilidad de llevarlos a cabo, podrá proceder al despido.

³³ Ve también, J. MORENO GENÉ, "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*, nº 8, 2018, p. 61.

³⁴ Ver supra.

³⁵ Sobre ello, cabe señalar que la exposición de motivos considera que no se puede admitir

ineptitud sobrevenida. En este último caso, que también tiene relación con la salud y la discapacidad, sabemos que la clave está en la apreciación de la imposibilidad de realizar los ajustes razonables³⁶, en palabras del TJUE “*teniendo en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen [...]*”³⁷. Así, surge lo que un sector de la doctrina califica de “*lógica económica en la apreciación de la salud y de la discapacidad como causa de despidos*”³⁸.

Por otra parte, respecto a la consecuencia jurídica de la abrogación del artículo 52 d) ET, de manera similar a la STSJ de Cataluña, el RDL conduce a declarar la improcedencia del despido basado en faltas justificadas y repetidas en el trabajo. La posibilidad para el empresario de optar por la indemnización permite afirmar, como lo subraya un sector de la doctrina, que la abrogación del artículo 52 d) ET no conduce a prohibir el despido basado en faltas repetidas debidas a la salud. Así, costará económicamente más despedir por estas faltas, pero seguirá siendo posible³⁹. Ahora bien, todo ello sin perjuicio de que “*el factor enfermedad sea tomado en consideración como elemento de segregación basado en la existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato*”⁴⁰. En este sentido, es cierto que resultará **más complejo** encubrir, gracias a la “*objetividad y certidumbre*” que ofrece un cómputo de faltas en un plazo determinado, un despido en realidad fundado sobre posibles consideraciones discriminatorias (discapacidad, enfermedad de larga duración, ausencias debidas a ser mujer, etc.)⁴¹.

Más aún, se elevan voces que consideran que, sin perjuicio de la vulneración indubitable de derechos fundamentales (art. 14 y 15 CE), si “*las ausencias*

que las ausencias injustificadas puedan computar tanto para el artículo 52 d) ET, como para el despido disciplinario del artículo 54 ET.

³⁶ Directiva 2000/78/CE y STC 62/2008, de 26 de mayo. Sobre ello, ver M.A. Martínez-Gijón Machuca, *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2017; J.L. Monereo Pérez, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social: revista de los derechos sociales*, nº 1, 2019.

³⁷ STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plásticos Ibérica, S.A.

³⁸ C. Molina Navarrete, “Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 19 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.laboral-social.com/adios-despido-absentismo-justificado-rdl-4-2020.html> (última consulta: 20/04/2020).

³⁹ C. Molina Navarrete, op. cit., 2020.

⁴⁰ STC 62/2008, de 26 de mayo. Ver también, J. MORENO GENÉ, op. cit., 2020, p. 86.

⁴¹ A. Baylos Grau, “¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52D del estatuto de los trabajadores?”, *Nueva Tribuna*, 25 de febrero de 2020.

justificadas por enfermedad están expulsadas de nuestro ordenamiento como causa de despido y si el empresario las utiliza es un acto de contumaz rebeldía y desprecio del ordenamiento jurídico que pudiera ser constitutivo de una infracción muy grave sancionable, entre otros preceptos, ex art. 8. 13 bis LISOS, e incluso dar lugar a una responsabilidad penal en determinadas situaciones, con la consecuencia, en todo caso, de la nulidad del despido”⁴².

En definitiva, la contundente pero mera derogación del artículo 52 d) ET sigue dejando en manos de los jueces la apreciación casuística de la eventual nulidad de un despido basado en ausencias causadas por motivos de salud o de conciliación, en relación con el género y el sexo. Es decir, la ley delega a los jueces la protección real y eficaz de la salud, del derecho al trabajo y a la igualdad entre mujeres y hombres.

5. CONCLUSIONES

De lo hasta ahora dicho, se pueden formular cuatro conclusiones:

La apreciación del artículo 52 d) ET ha sido objeto de varias interpretaciones, desde puntos de apreciación distintos (control de constitucionalidad, control de convencionalidad, vulneración de derechos fundamentales), con base en varios textos (Constitución, Directiva europea 2000/78/CE, tratados y acuerdos internacionales o europeos) y con soluciones distintas (conformidad con la Constitución, incompatibilidad con tratados y acuerdos internacionales, dificultades aplicativas respecto a la Directiva 2000/78/CE). Igualmente, es importante apuntar que la apreciación de tal artículo no recibía una posición unánime en todos los órganos. En todo caso, hubiera sido muy interesante conocer la posición del Tribunal Supremo respecto a la sólida argumentación de la Sentencia del TSJ de Cataluña objeto de comentario.

Directamente a colación, resulta esperanzadora la pérdida de fuerza que experimenta la capacidad justificativa del artículo 38 CE relativo a la libertad de empresa, en el razonamiento de algunos jueces minoritarios. En todo caso, el uso

Disponible en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/laboral-despidonulo-ccoo-ugt-improcedente-despidoporenfermedad-derogacion-art52d-estatutotrabajadores/20200225132001171457.html> (fecha de consulta: 20/04/2020).

⁴²J. Aparicio Tovar, “La derogación de art. 52 d) ET conlleva la nulidad del despido que invoque aquella causa”, en su blog “Desde mi cátedra”, miércoles, 26 de febrero de 2020 (disponible en <http://japariciotovar.blogspot.com/2020/>; última fecha de consulta: 20/04/2020).

y abuso de la libertad de empresa pone de relieve la inseguridad jurídica del juicio de ponderación que presenta cierta dimensión subjetiva o arbitraria.

En la misma línea esperanzadora, se ha de saludar el protagonismo, cada vez más relevante, de las normas internacionales que dibujan un escenario pluralista y *multinivel*, más protector de los derechos sociales. En este sentido, hay que quedar a la expectativa del acuerdo del actual Gobierno de España del 30 de diciembre de 2019, que prevé en su apartado 1.10, el compromiso de ratificar la Carta Social Europea revisada.

Finalmente, cabe afirmar que no resulta fácil saber si la abrogación del artículo 52 d) ET va a permitir una real protección contra las ausencias por enfermedades, por discapacidad o vinculadas a las desigualdades de género en nuestra sociedad. En el marco actual, la determinación de la nulidad, única arma real de protección, representa un interrogante que toca a los jueces resolver. En todo caso, esta inseguridad constituye un argumento más a favor de una reforma legal ambiciosa de las reglas relativas a la extinción del contrato de trabajo.