

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 274/2020 de 17 Ene. 2020, Rec. 5532/2019**Ponente: Preciado Domenech, Carlos Hugo.****Nº de Sentencia: 274/2020****Nº de Recurso: 5532/2019****Jurisdicción: SOCIAL**

El despido por absentismo contraviene los Tratados Internacionales y discrimina a la mujer

DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO. Improcedencia del despido de la trabajadora pese a superar la ratio de absentismo prevista en el art. 52.d) ET, por ser este artículo contrario a los Convenios y Tratados Internacionales, de jerarquía normativa superior que prevalece sobre las leyes internas. Se declara por tanto **improcedente** el despido de la trabajadora que pese a superar ausentarse de su puesto de trabajo 13 días en un período de 2 meses, ausencia justificada en diversas patologías. La trabajadora tiene una **antigüedad de unos 43 años** al momento del cese, por lo que concurre una discriminación indirecta por ser mujer. No constan anteriores episodios de incapacidad temporal y, dada su edad, se enfrenta a una especial dificultad de reinserción laboral.

El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Social de Terrassa, que revoca y, en su lugar, declara la improcedencia del despido.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA CATALUNYA

SALA SOCIAL**NIG : 08019 - 34 - 4 - 2019 - 0004557 EL****Recurso de Suplicación: 5532/2019**

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 17 de enero de 2020

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 274/2020

En el recurso de suplicación interpuesto por MANUELA frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Terrassa de fecha 7 de junio de 2019 dictada en el procedimiento Demandas nº 121/2019 y siendo recurrido/a FONDO DE GARANTIA SALARIAL y EMPRESA, S.L.. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Carlos Hugo Preciado Domenech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de febrero de 2019 tuvo entrada en el citado **Juzgado de lo Social** demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 7 de junio de 2019 que contenía el siguiente Fallo:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D^a. MANUELA contra EMPRESA, S.L. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, **declarando la procedencia del despido objetivo** de fecha 3.1.2019, absolviendo a la demandada de los pedimentos en su contra."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º.- D^a. MANUELA prestó servicios para EMPRESA, S.L., desde el 14.5.1976, con grupo profesional 4, categoría de técnica de laboratorio y salario bruto diario, con prorrata de pagas extras, de 127,68 €, no siendo representante legal de los trabajadores (no controvertido).

2º.- En fecha 3.1.2019, con efectos laborales y de baja en la TGSS del mismo día, la demandada entregó a la actora carta de despido objetivo, poniendo simultáneamente a disposición de la actora la indemnización legal (20 días/año) en importe de 46.308,94 € netos y abonándole por transferencia bancaria el día 3.1.2019 el finiquito en cuantía de 4.153,40 € y los 15 días de preaviso incumplidos en cuantía de 1.496,60 € (no controvertido).

3º.- Los argumentos causales de la demandada recogidos en la carta de despido notificada a la actora son, en esencia y con cita del art. 52.d) ET, los siguientes: a) superación del 20% de ausencias en jornadas hábiles en el plazo de 2 meses consecutivos (22, 23, 24, 25 y 26 de octubre de 2018, 5 días de ausencia en jornada computable sobre 8 jornadas laborables, 26, 26, 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), refiriendo un 31,70% de absentismo (13 jornadas de ausencia computable sobre 41 jornadas laborables), computados desde el 22.10.2018 al 21.12.2018, así como del 5% de ausencias en los 12 meses anteriores al despido (3.8.2018, un día sobre 8 jornadas laborables, 22 a 26 de octubre de 2018, 5 días sobre 22 jornadas 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), refiriendo 14 jornadas de ausencia computable sobre 208 jornadas laborables, computadas desde 4.1.2018 a 3.1.2019, que entiende que suponen un 6,70% de absentismo (folios nº 32 a 34; interrogatorio de parte).

4º.- La actora se ausentó de su puesto de trabajo el 3.8.2018, por motivos médicos, sin cursar proceso de IT; cursó proceso de IT x EC desde el 22.10.2018 al 26.10.2018 (diagnóstico, vértigo auditivo); el 26.11.2018, se ausentó por motivos médicos, sin cursar proceso de IT; desde el 27.11.2018 al 5.12.2018, siguió proceso de IT x EC, con diagnóstico de dorsalgia (folios nº 25 a 31 y 46 a 58).

5º.- Interpuesta la correspondiente papeleta de conciliación en fecha 31.1.2019, se agotó la vía administrativa previa con resultado de sin avenencia, tras el acto celebrado en fecha 25.2.2019 (folio nº 14).."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora, D^a MANUELA, **interpone recurso de suplicación** frente a la sentencia nº 168/2019, dictada por el juzgado de lo Social nº1 de Terrassa el 7/06/2019 en los autos 121/2019, en cuya virtud desestima la demanda interpuesta por la misa frente a EMPRESA SL y FOGASA y declara la improcedencia del despido objetivo de fecha 01/01/2019, absolviendo a la demanda.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de EMPRESA SL, que pide la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Infracción de normas sustantivas y jurisprudencia.

2.1.- Objeto de la controversia.

Al amparo del art.191c) de la Ley 31/11 (LA LEY 18748/2011) (sic), en realidad art.193c) Ley 36/11 (LA LEY 19110/2011) (LRJS), **la recurrente** denuncia la infracción del art.54d ET (en realidad art.52.d) ET), al considerar que las ausencia justificadas en que se basa el despido de la trabajadora no reúnen el carácter de intermitentes, con cita de la STS 7/05/2015. En apoyo de tal tesis, la recurrente sostiene que la ausencia del 26/11/18 al 5/12/18 que supuso la reincorporación el 10/12/18 con una duración de 15 días naturales no tiene el carácter de intermitente.

La impugnante sostiene que se cumplen los porcentajes de absentismo del art.52d) ET, en tanto que se superan el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, con un índice del 31,70% de absentismo; así como el 5% de las jornadas hábiles en los 12 meses anteriores, con un 6,70 % de absentismo.

La sentencia recurrida, desestima la demanda que pretendía la improcedencia del despido, fundamentalmente porque si las bajas por enfermedad son intermitentes y de duración, cada una de ellas, inferior a 20 días, se computan aunque se deban a una misma enfermedad y aunque sumandos los días de baja se supere ese límite, pues no se trataría de días consecutivos (SSTS 24/10/006, Rec 2247/2005, y 27/11/2008, Rec 2861/2007 (LA LEY 235331/2008)). Concluye que existe intermitencia puesto que entre el final de la primera IT (26/10/18) y el inicio de la siguiente (27/11/2018), había transcurrido un mes, lo que constituye un claro caso de discontinuidad.

Partiendo de ello, al apreciarse un 31,70 % de ausencias en un período de 2 meses consecutivos (22/10/18 a 21/12/18, 13 ausencias sobre 41 jornadas hábiles) y el 6,7 % en los 12 meses previos al despido (04/01/18 a 03/01/19: 14 ausencias sobre 208 jornadas hábiles), la sentencia recurrida concluye que acreditados los porcentajes legales de absentismo y declara la procedencia del despido.

2.2.- Cuestión previa: la aplicabilidad de la norma al caso

Con carácter previo al análisis del objeto de gravamen enunciado en el apartado anterior, compete a esta Sala verificar la aplicabilidad de la norma que se dice infringida, pues de ser dicha norma inaplicable al caso, el recurso habría de ser estimado, por haberse basado el despido en una causa no aplicable al supuesto de hecho en cuestión. Dicho juicio de aplicabilidad, como es lógico debe preceder al análisis de la infracción de la norma en cuestión.

En este punto, la LOPJ en su art. 6 (LA LEY 1694/1985) impone a los Jueces y Tribunales el control de las normas reglamentarias o de cualquier otra disposición, contrarios a la Constitución o al principio de jerarquía normativa. En el caso de que la norma con rango de ley aplicable al caso sea contraria a la Constitución se impone entonces el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad (art.163 CE (LA LEY 2500/1978), art.5.2 LOPJ (LA LEY 1694/1985) y arts.35 a (LA LEY 2383/1979) 37 LOTC (LA LEY 2383/1979)).

En este punto, hay que señalar que **el control de constitucionalidad del art.52d) ET** ha sido recientemente efectuado por la **STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019 (LA LEY 148375/2019)**, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, sentencia que constituye parámetro interpretativo de las leyes conforme al art.5 LOPJ (LA LEY 1694/1985).

La norma cuya infracción se postula en este recurso de suplicación es el art.52 d) del ET, que dispone:

"El contrato podrá extinguirse:

(...)

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. (...)."

Resta por analizar, por tanto, si dicha norma -declarada acorde con la Constitución- es contraria al principio de jerarquía normativa, para lo que partiremos de lo resuelto por el TC y analizaremos después su adecuación a los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España.

2.3.- Sobre la constitucionalidad del art.52d) ET

La STC 118/2019, de 16 de octubre (LA LEY 148375/2019) declara la constitucionalidad del art.52d) ET en relación con los derechos a la integridad física y moral (art.15 CE (LA LEY 2500/1978)), a la salud (art.43 CE (LA LEY

2500/1978)) y al trabajo (art.35.1 CE (LA LEY 2500/1978)).

En relación **con la integridad física del art.15 CE (LA LEY 2500/1978) el TC (FJ.4º)** considera que "" el art. 52.d) LET no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente. La decisión de despedir a los trabajadores por superar un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado período de tiempo, conforme a lo previsto en el precepto cuestionado, no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo que permite descartar que el art. 52.d) LET pueda reputarse contrario al art. 15 CE (LA LEY 2500/1978).""

En cuanto al **derecho a la protección de la salud del art.43.1 CE (LA LEY 2500/1978), el TC (FJ 5ª)**, aunque no descarta 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", no considera que se vulnere el derecho a la protección de la salud, porque " no cabe entender que con esa regulación el legislador esté desprotegiendo la salud de los trabajadores. El precepto cuestionado se limita a regular la posibilidad de que el empresario extinga el contrato de trabajo por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen unos determinados porcentajes, y que pueden derivar de enfermedades de corta duración del trabajador (hayan dado lugar o no a la expedición de partes de baja médica). El legislador identifica la excesiva morbilidad intermitente como una de las causas principales de ausencias al trabajo""

Respecto **del derecho al trabajo del art. 35.1 CE (LA LEY 2500/1978) el TC** también descarta toda vulneración del mismo. Lo hace con base en esta síntesis de razones:

(i) la norma legal cuestionada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota de objetividad y certidumbre a la causa extintiva del absentismo laboral;

(ii) el precepto cuestionado pondera los intereses en conflicto, toda vez que fija los supuestos que no pueden ser computados como faltas de asistencia al trabajo a los efectos de permitir la decisión extintiva empresarial, contemplándose además la revisión judicial de la decisión, de modo que no sería posible apreciar desde esta perspectiva (causalidad del despido, se entiende) «que la delimitación de la causa objetiva de extinción del contrato de trabajo que regula el cuestionado art. 52.d) LET vulnere el art. 35.1 CE (LA LEY 2500/1978), sin que a este Tribunal le corresponda enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles»;

(iii) la limitación del derecho al trabajo que la norma implica, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, «se encuentra justificada por el art. 38 CE (LA LEY 2500/1978), que reconoce la libertad de empresa y encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como la defensa de la productividad»; esto es, el derecho al trabajo puede quedar sujeto a limitaciones justificadas cuando entra en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa, ya que esta puede «legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa»;

(iv) el objetivo de paliar el gravamen económico que las ausencias de trabajo suponen para las empresas, y atañe a la defensa de la productividad de la empresa (art. 38 CE (LA LEY 2500/1978)), sin que la norma enjuiciada haya olvidado además otros intereses relevantes en conflicto, pues «contiene unas excepciones muy cualificadas», que la sentencia cita por referencia a la previsión legal;

(v) la norma no contradice el art. 6 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pues de este se desprende que el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones al régimen jurídico previsto, como habría hecho efectivamente mediante la regulación contenida en el art. 52.d) LET.

2.4.- Sobre el control de convencionalidad del art.52d) ET.

2.4.1.- Consideraciones previas:

Como sostiene el propio TC en el FJ 6º de la STC 118/2019 (LA LEY 148375/2019), "" **Por lo que se refiere a la presunta contradicción del art. 52.d) LET con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT** que apunta el auto de

planteamiento, procede recordar una vez más que los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas, al margen de su valor hermenéutico ex art. 10.2 CE (LA LEY 2500/1978) en el caso de los textos internacionales sobre derechos humanos (por todas, SSTC 49/1988, de 22 de marzo (LA LEY 3669-JF/0000), FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero (LA LEY 1476-JF/0000), FJ 5; 254/1993, de 20 de julio (LA LEY 2282-TC/1993), FJ 5; 235/2000, de 5 de octubre (LA LEY 10728/2000), FJ 11; 12/2008, de 29 de enero (LA LEY 42/2008), FJ 2, y 140/2018, de 20 de diciembre (LA LEY 181538/2018), FJ 6). La eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España no determina por sí misma violación constitucional alguna; **se trata de un juicio de aplicabilidad -control de convencionalidad-que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria".**

Por tanto, las consideraciones que el TC efectúa sobre la adecuación del art.52d) ET al art.6.1 del Convenio 158 de la OIT, 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.

Partiendo de tal premisa, en el control de adecuación de la ley interna a los Tratados y Convenios ratificados por España, hay que tener en cuenta que **la jerarquía normativa superior del Tratado o convenio internacional sobre la ley** se reconoce por la Convención de Viena de 23/05/69 que dice en su artículo 27: ""Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"".

Este valor supra legal de los Tratados ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia: como ejemplo el dictamen de 26 de abril de 1988 sobre la aplicabilidad del Acuerdo de sede de la ONU frente a lo dispuesto por una ley posterior norteamericana: ""es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no puedan prevalecer sobre las del tratado"". (Rec 1988: 35, pág 57) .

En este mismo sentido, ahora en nuestro derecho interno, el Artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de Noviembre (LA LEY 18093/2014), de Tratados y otros Acuerdos internacionales establece la Prevalencia de los tratados, diciendo:

"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."

El rango superior del tratado sobre la Ley, en fin, ha sido reconocido también por la Sala IV del TS, por ejemplo en STS de 5 de junio de 2000 (STS (LA LEY 10165/2000) de 5 junio 2000).

En suma, en palabras del propio TC, (Vid. STC 140/2018 (LA LEY 181538/2018), FJ 6º), ""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 artículo 24.1 CE (LA LEY 2500/1978), 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 tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero (LA LEY 4148/2000), FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre (LA LEY 8782/2001), FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre (LA LEY 154862/2006), FJ 5)» (STC 145/2012, de 2 de julio (LA LEY 106691/2012), FJ 4)"".

Partiendo de cuanto queda expuesto, hay que proceder a determinar los Tratados y Convenios internacionales aplicables al caso en orden a realizar el control de aplicabilidad de la norma al caso concreto.

2.4.2.- Tratados y Convenios Internacionales aplicables al caso

El despido por causa de ausencias intermitentes derivadas de enfermedad común puede abordarse desde la óptica de diversos Tratados y Convenios Internacionales, que pasamos a sintetizar y exponer por razón de su ámbito. Los derechos que resultan afectados son el **derecho a no ser despedido sin justa causa, el derecho a la prevención de**

los riesgos laborales y la prohibición de discriminación por razón de género.

ÁMBITO DE LA OIT

El Convenio 158 de la OIT , (ratificado por España el 18 de febrero de 1985), en su art. 6 dispone que "«1. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo". "2. 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 aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio". Dichos métodos de aplicación son, conforme al art.1 Convenio 158 "" ...por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional.""

En cuanto a **la interpretación de dicho precepto**, merece especial mención **la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR)** (art.22 Constitución de la OIT). En el Informe de la dicha Comisión, librado ante Conferencia Internacional del Trabajo 82ª Reunión de 1995, la interpretación del art.6 del C 158 es la que sigue:

"El Convenio deja que el concepto 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.** "

El Convenio 155 de la OIT , (ratificado por España el 11/09/1985) sobre seguridad y salud de los trabajadores, define el término salud (art.3e) como sigue: *"el término salud , en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo" "*

El art.4.1 del citado Convenio establece la obligación de todo 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. En su apartado segundo dicho precepto establece que " **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 .** " "

En su art.5 b) el mismo Convenio establece la obligación de que la política del art.4 debe tener en cuenta, entre otros factores, la adaptación del tiempo de trabajo a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores.

El art.13 del Convenio 155 dispone: *" De conformidad con la práctica y las condiciones nacionales, deberá protegerse de consecuencias injustificadas a todo trabajador que juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que ésta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud."*

El art.19.f del Convenio 155 establece que *"el trabajador informará de inmediato a su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro inminente y grave para su vida o su salud; mientras el empleador no haya tomado medidas correctivas, si fuere necesario, no podrá exigir de los trabajadores que reanuden una situación de trabajo en donde exista con carácter continuo un peligro grave e inminente para su vida o su salud."*

En cuanto a la interpretación de dichos preceptos, la CEACR dice (Conferencia Internacional del Trabajo 98.ª reunión, 2009; Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), a la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164) y al Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores (p.145)):

" De la consideración del artículo 13 y del artículo 19, párrafo f), conjuntamente con el artículo 5, párrafo e) 176, se desprende que no se puede tomar medidas disciplinarias contra el trabajador que interrumpe una situación de trabajo si se cumplen las siguiente condiciones:

a) el trabajador en cuestión tiene razones justificadas para creer que existe un peligro inminente y grave para su vida o su salud;

- b) dicho trabajador ha actuado conforme a lo dispuesto en el artículo 19, apartado f); y
- c) la acción del mismo trabajador se inscribe adecuadamente en el marco de la política nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 4. Estos tres artículos considerados conjuntamente, proporcionan una flexibilidad considerable en cuanto a su aplicación y constituyen un cuidadoso equilibrio entre el interés del empleador en la marcha de su empresa, por un lado, y el interés del trabajador de velar por su vida y su salud, por el otro."

ÁMBITO DEL CONSEJO DE EUROPA

La Carta Social Europea (LA LEY 55/1961).

El art.24 (Carta Revisada de 1996, - Carta Social Europea revisada de 03/05/1996: firmada el 23/10/00 por España, pero no ratificada) **consagra el derecho de las personas trabajadoras a ser protegidas en caso de despido**, y para asegurar dicho derecho, en el art.24a) se consagra el **derecho de las personas trabajadoras a no ser despedidas sin justa causa**, relacionada con su aptitud o conducta, o fundada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

En este sentido, en el art.24.3 CSE no se consideran justas causas de despido (art.24.3f) CSE) " *La ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente*". "

El CEDS ha interpretado dicho precepto en el siguiente sentido: (Conclusiones 2012, Turquía. Vid. Digesto de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Diciembre 2018, p.203-205).

" La duración de la protección contra el despido puede ser limitada en el tiempo.

Si la ausencia interrumpe gravemente el funcionamiento de la empresa y es necesario proveer la sustitución efectivo y definitivo del trabajador, en tal caso la ausencia puede constituir una causa justa de despido.

Con respecto al despido inmediato en caso de incapacidad permanente, se tienen en cuenta los siguientes elementos en la evaluación:

-¿Se permite el despido inmediato debido a una incapacidad permanente independientemente del origen de la incapacidad? en particular, ¿puede producirse en caso de accidente industrial y enfermedad profesional?.

- ¿Es el despido inmediato debido a una incapacidad permanente acompañado de una indemnización por despido pagadera por el empleador?.

- cuando la incapacidad permanente deja la capacidad de realizar un trabajo más ligero, ¿el empleador tiene la obligación de recolocación? en caso afirmativo, cuando el empleador no puede cumplirlo, ¿cuáles son las obligaciones subsidiarias?".

Este precepto , integrado en la Carta Revisada de 1996, como hemos apuntado, ha sido firmado, pero no ratificado por España. Hay finalizar por señalar que a diferencia del Convenio 158 de la OIT, dicho precepto no contempla la posibilidad de limitaciones, por lo que ofrece un estándar más elevado de protección.

El art.3 CSE Derecho a la seguridad y la higiene en el trabajo (ratificado por España), dispone que ""Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad e higiene en el trabajo"."

"3.1 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo seguras y saludables, las Partes se comprometen, consultándolo con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, a definir, implementar y revisar periódicamente una política nacional coherente sobre seguridad, salud de los trabajadores y del entorno laboral. El objetivo principal de esta política será 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."

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 I (1969), Observación interpretativa del artículo 3) . El objetivo del artículo 3 está, de hecho, directamente relacionado con el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) que garantiza el derecho a la vida (Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 3). "

"La obligación principal del Estado parte en virtud del artículo 3 es garantizar el derecho a los más altos estándares

posibles de seguridad y salud en el trabajo. Esta obligación implica, en virtud del § 2, **dictar normas de salud y seguridad 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 (Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Grecia, reclamación nº 30/2005, decisión sobre el fondo de 6 diciembre 2006, §224)."

Por otro lado, en cuanto al **estándar de protección constitucional** hay que partir de las STC 62/2007, de 27 de marzo (LA LEY 10697/2007) y la STC 160/2007, de 2 de julio (LA LEY 61235/2007). De ellas podemos resumir:

- La normativa de prevención de riesgos es una concreción del derecho a la vida o a la integridad física. (STC 62/07 (LA LEY 10697/2007), F.5).

- "...en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE (LA LEY 2500/1978)), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE (LA LEY 2500/1978)), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE (LA LEY 2500/1978)). En relación con todo ello, la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LA LEY 3838/1995) , de prevención de riesgos laborales (LPRL (LA LEY 3838/1995)) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE (LA LEY 2500/1978)."

- La relación entre la prevención de riesgos y el derecho a la vida no implica situar en el ámbito del art. 15 CE (LA LEY 2500/1978) una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud; supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado (STC 160/2007 (LA LEY 61235/2007), F.2). " *Precisamente por esa razón añadíamos aún que «para apreciar la vulneración del art. 15 CE (LA LEY 2500/1978) en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post , bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, SSTC 221/2002, de 25 noviembre (LA LEY 178/2003) ,F. 4, y 220/2005, de 12 de septiembre (LA LEY 13464/2005) , F. 4, entre otras)».*

- Las órdenes del empresario pueden entrañar una vulneración del derecho a la vida o a la integridad física cuando infrinjan la normativa de prevención de riesgos y sitúen en posición de riesgo grave e inminente. En efecto, tales órdenes podrían afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE (LA LEY 2500/1978) cuando tuvieran lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum* , de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta. (SSTC 160/07 (LA LEY 61235/2007), f.2 y 62/07 (LA LEY 10697/2007)).

- **La vulneración del derecho a la vida no exige su pérdida**, sino que basta que la misma se ponga en situación de peligro cierto y grave.

" para apreciar la vulneración del art. 15 CE (LA LEY 2500/1978) en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post , bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, STC 221/2002, de 25 noviembre (LA LEY 178/2003), F. 4, y 220/2005, de 12 de septiembre (LA LEY 13464/2005), F. 4, entre otras), factor que, como razonaremos en breve, resulta decisivo en el presente caso."

En conclusión, el nivel de protección que proporcionan dichos Tratados y Convenios ratificados por España en materia de prevención de riesgos laborales es superior al que resulta del estándar constitucional de amparo de derechos fundamentales, puesto que si éste último sólo se aplica a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la vida, integridad física o salud, el nivel de protección Convencional se refiere a todo tipo de riesgos, no sólo los graves e inminentes.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950).

Si bien el CEDH (LA LEY 16/1950) es un instrumento de reconocimiento y protección de derechos civiles y políticos, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos ha supuesto que el TEDH haya acuñado una nutrida doctrina sobre derechos sociales, puesto que derechos civiles y políticos y derechos sociales, no son compartimentos estancos sino que presentan una estrecha relación por su vínculo común con la dignidad humana. En este sentido, y en materia de despido por estado de salud y discriminación por estado de salud, cabe citar las siguientes sentencias:

- **STEDH 3 octubre 2013 (LA LEY 158228/2013), Caso I.B. c. Grecia.** El Tribunal recuerda que en la sentencia Kiyutin (§ 57), **consideró que el estado de salud de una persona**, en particular un problema de salud como la seropositividad, **debe considerarse como un motivo de discriminación que cae dentro de la expresión "cualquier otra situación"** utilizada en el texto del artículo 14 de la Convención, como discapacidad o sobre la misma base que una discapacidad.

- **STEDH 10 marzo 2011 (LA LEY 236214/2011), Caso Kiyutin c. Rusia (f. 57)** " Tras la divulgación del estado seropositivo del demandante, fue legalmente imposible la concesión del permiso de residencia legal en Rusia debido a una disposición legal que restringe la emisión de permisos de residencia a extranjeros que son incapaces de demostrar su seronegatividad. Aunque **el artículo 14 no lista expresamente un estado de salud o cualquier condición médica entre las bases protegidas de discriminación, el Tribunal ha reconocido recientemente que una discapacidad física y varias deficiencias de salud caen dentro del alcance de esta disposición** (ver Glor , apartados 53-56, y G.N. , apartado 119, ya citados). El Tribunal menciona el **punto de vista de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el que el término "otros estados" en las disposiciones de no discriminación en instrumentos internacionales legales puede ser interpretado para cubrir estados de salud**, incluyendo infección por el VIH (ver apartado 29). Este enfoque es compatible con la **Recomendación 1116 (1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el cual fue llamado para reforzar la cláusula no discriminatoria en el artículo 14 incluyendo la salud entre las bases prohibidas de discriminación** (ver apartado 31) y con el Convenio de los Derechos Humanos de Personas con Discapacidad de la ONU el cual impone a sus Estados participantes una prohibición general de discriminación en base a la discapacidad (ver apartado 32). **En consecuencia, el Tribunal considera que una distinción hecha en base al estado de salud de una persona, incluyendo condiciones tales como la infección por VIH, debería estar cubierta- ya sea en forma de discapacidad o simultáneamente - por el término "otra situación" en el texto del artículo 14 del Convenio."**

Dicha doctrina es esencialmente coincidente con la sostenida por el TC (STC 62/2008 (LA LEY 61660/2008), de 28 de mayo) y del TS (STS 22 noviembre 2007 (LA LEY 256491/2007), con cita de (SSTS 29/01/01 (LA LEY 3209/2001) -rec. 1566/00-; 23/09/02 -rec. 449/02-; 12/07/04 -rec. 4646/02-; 23/05/05 -rec. 2639/04-), **criterio conforme al que , resumidamente ,** cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad 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 su trabajo. no se infringe el art.14 CE. (LA LEY 2500/1978)

En conclusión, desde el prisma del CEDH (LA LEY 16/1950), el art.52d) ET no vulnera del art.2 (LA LEY 16/1950), 6 (LA LEY 16/1950), 8 (LA LEY 16/1950) o 14 CEDH (LA LEY 16/1950), que son los que están relacionados con el despido por causa de enfermedad.

2.4.3.-La perspectiva de género

La STC 118/2019 (LA LEY 148375/2019) , como apunta el voto particular de la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, no aborda la cuestión de la discriminación indirecta que supone consagrar una causa de despido, como las ausencias intermitentes en el trabajo, que afecta estadísticamente más a las mujeres que a los hombres.

La LO 3/2017 define en su art. 6.2 define la discriminación indirecta por razón de sexo como 'la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que las medidas para alcanzar dicha finalidad sean necesarias y adecuadas".

Los datos estadísticos que evidencian un mayor impacto en las mujeres que en los hombres de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal, los suministra el propio voto particular al que nos remitimos.

Desde el plano del **control de convencionalidad de la norma en cuestión (art.52.d) ET** debemos acudir a la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer** de 18 de diciembre de 1979 (ratificado por España el 16/12/1983), (CEDAW), que en **su art.11** dispone:

"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

3. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
4. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;
5. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;
6. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;
7. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
8. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. "

En su art.2c) la CEDAW establece que Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a": " c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.""

El art.2f) del mismo texto supone el compromiso de "" f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar Leyes, Reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.""

2.4.5.- Sobre la convencionalidad del art.52d) ET en relación a los Tratados y Convenios aplicables.

Partiendo de cuanto ha quedado expuesto, estamos en condición de afirmar que el art.52d) ET en su redacción vigente al momento de los hechos presenta conflicto con las siguientes 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 los Tratados y Convenios anteriormente citados.

1) **Derecho a no ser despedido sin justa causa** : el contenido convencional de dicho derecho (art.6.1 Convenio 158 OIT) ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el art.35.1 CE. (LA LEY 2500/1978) En efecto, a nivel constitucional, el derecho al trabajo se concreta, en su vertiente individual (art. 35.1 CE (LA LEY 2500/1978)), «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 (LA LEY 187/1981), FJ 8; y 192/2003, de 27 de octubre (LA LEY 2902/2003), FJ 4); así como en la existencia de una 'reacción adecuada' contra el despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se defiende al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero (LA LEY 2453-TC/1994), FJ 2, STC 119/2014 (LA LEY 85681/2014), f. 3).

En cambio, a nivel convencional, dicho derecho 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.

Es cierto que el art.6.2. Convenio 158 dota a los Estados de un margen de apreciación para definir qué es una ausencia temporal, las posibles limitaciones a la aplicación del pfo.1 y la medida en que se exigirá un certificado médico. Pero 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. En

este sentido, el CEACR sostiene que **""si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prevenir 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" "** . Por tanto, el margen de apreciación de los Estados para establecer limitaciones previsto en el art.6.2 Convenio OIT termina ahí donde dichas limitaciones hacen irreconocible al derecho por privarle de su objetivo.

En este sentido, 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-. Por tanto, **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.**

Ello se corrobora con el art.24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961), según el cual no se consideran justas causas de despido (art.24.3f) CSE) " *"La ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente".* "

El Comité Europeo de Derechos Sociales lo ha interpretado en el sentido de que " Si la ausencia interrumpe gravemente el funcionamiento de la empresa y es necesario proveer la sustitución efectiva y definitiva del trabajador, en tal caso la ausencia puede constituir una causa justa de despido".

A diferencia del Convenio 158 OIT, dicho precepto no admite limitaciones, por lo que garantiza un estándar de protección más elevado.

Si bien, como ya se apuntó, dicho precepto se contempla en la Carta Revisada de 1996, que no ha sido ratificada por España, el mismo constituye un **innegable 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 Revisada ha sido ya firmada por España (vir.art.2 k) de la Ley de Tratados Internacionales 25/149), y el art.35 LTI en relación con los arts.31-33 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados, imponen como **Primer criterio de interpretación de los Tratados y Convenios el de la buena fe**, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

La buena fe en la interpretación del art.6 Convenio de la OIT es incompatible con una interpretación que lleve entender la excepción (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 ya ha suscrito un convenio con un nivel superior de protección (Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) Revisada).

En conclusión, por los motivos que acaban de exponerse, el art.52d) ET es contrario al art.6.1 Convenio nº 158 OIT.

2) Derecho a la prevención de riesgos laborales .

En cuanto a la prevención de riesgos laborales, 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. En efecto, el TC, en el FJ 5º de la STC 118/19 (LA LEY 148375/2019) no descarta que " el "temor de los trabajadores a perder su puesto de trabajo por aplicación de lo previsto en el art.52d) ET pueda empujarles a acudir al trabajo pese a sufrir una enfermedad o indisposición, ...". "

Sin embargo, considera el TC que no se vulnera el derecho a la protección de la salud por que **""En suma, mediante la regulación controvertida el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE (LA LEY 2500/1978)) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el art. 52.d) LET no vulnera el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 CE (LA LEY 2500/1978) reconoce, ni tampoco, valga añadir, el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE (LA LEY 2500/1978))."**

Es decir, el TC no descarta que el art.52d) ET puede suponer un riesgo para la salud, pero como dicho riesgo no es

grave, no entra dentro de la tutela constitucional de dicho derecho.

Sin embargo, a **nivel de Tratados internacionales**, existen diversos instrumentos ratificados por España en materia de prevención de riesgos laborales que, como ya se dijo, **garantizan una protección superior a la ofrecida constitucionalmente por el principio rector del art.40.2 CE (LA LEY 2500/1978)**, cuya infracción el TC ha descartado en relación con el art15 (LA LEY 2500/1978) y 43 CE. (LA LEY 2500/1978)

En **el nivel convencional**, el art.4.1 del Convenio 155 establece la obligación de todo 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. En su apartado segundo dicho precepto establece que "**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.**

Como es fácilmente observable, la obligación convencional de prevención no se ciñe a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la salud, vida o integridad física (tutela constitucional), sino que se extiende a todo tipo de riesgos (tutela convencional), y en la ponderación con otros intereses (como la libertad de empresa o la defensa de la productividad) impone a los Estados la reducción al mínimo las causas que generan esos riesgos. 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.**

El art. 5 b) del mismo Convenio establece la obligación de que la política del art.4 tenga en cuenta, entre otros factores, **la adaptación del tiempo de trabajo a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores**. Por tanto las ausencias del trabajo por razón de enfermedad son difícilmente concebibles desde esta perspectiva como una justa causa de despido.

En este nivel (el 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*, como admite el propio TC.

Ese **riesgo para la salud** que representa el despido por ausencias intermitentes derivadas de enfermedad **se proyecta**, en primer lugar, **sobre la propia persona trabajadora** que, lógicamente, con las altas tasas de desempleo relativo en España (14,1 % frente al 7,5 % en la zona euro en 2019), hará lo posible para evitar la pérdida de su trabajo. Téngase en cuenta que la **persona trabajadora en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral** (pues las ausencias derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional no se computan a los efectos de despido) está en una **situación legalmente definida en el art.169 LGSS**: la debida a enfermedad común y accidente no laboral, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y *esté impedido para el trabajo*, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Que una persona impedida para el trabajo acuda a trabajar es obvio que supone un riesgo, no sólo para esta persona, sino también para terceros. Este riesgo variará en inminencia y gravedad según el puesto de trabajo, pero será inobjetablemente un riesgo para la persona (Piénsese, por ejemplo, la diversa afectación que el mismo estado febril de pocos días -enormemente frecuente- puede producir en quien realiza trabajos en altura o conduce un vehículo en contraste con quien desempeña un trabajo de oficina).

Ese riesgo, en fin, en caso de trabajos de riesgo o enfermedades contagiosas, no sólo afecta las personas trabajadoras que deciden acudir a su trabajo estando impedidos para ello, sino también a sus compañeros de trabajo-, que ni siquiera habiéndose ausentado un solo día de su trabajo asumen el riesgo de contagio en aras de la defensa de una pretendida defensa de la productividad.

Cabe recordar a este propósito que, conforme al Comité Europeo de Derechos Sociales, en interpretación del art.3 de la CSE ratificado por España. : " La obligación principal del Estado parte en virtud del artículo 3 es **garantizar el derecho a los más altos estándares posibles de seguridad y salud en el trabajo**. Esta obligación implica, en virtud del § 2, dictar normas de salud y seguridad 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

(Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Grecia, reclamación nº 30/2005, decisión sobre el fondo de 6 diciembre 2006, §224).

En fin, el art.4 Convenio 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 la vista de todo ello, considerar como justa causa el despido de personas trabajadoras sus ausencias intermitentes al trabajo derivadas de enfermedad o accidente no laboral, constituye una infracción de lo dispuesto en los preceptos de los Tratados y Convenios que sobre prevención de riesgos laborales vinculan a España en virtud de su ratificación.

En conclusión, el art.52d) ET es contrario a los arts.4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT y al art.3 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) .

3) Perspectiva de género:

Esta perspectiva -antidiscriminatoria-, no ha sido abordada por la STC 118/2019 (LA LEY 148375/2019), que limita el análisis de constitucionalidad a los arts.15 (LA LEY 2500/1978), 35.1 (LA LEY 2500/1978) y 43 CE. (LA LEY 2500/1978) Su análisis exige contrastar el art.52d) ET con los compromisos internacionales asumidos por España, entre los que destaca, decíamos, el 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 (BOE 21 marzo 1984).

La incorporación al control de convencionalidad de la perspectiva de género viene exigida por el art.4 de la LO 3/2017, que dice *" 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."*

Como se ve, se trata de un criterio hermenéutico transversal, que afecta a todo tipo de normas jurídicas, incluidos los Convenios y Tratados internacionales.

En este contexto, y descendiendo al caso concreto, como ya hemos apuntado , **los datos estadísticos que evidencian un mayor impacto en las mujeres que en los hombres de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal**, los suministra el propio voto particular al que nos remitimos.

Baste aquí añadir que de acuerdo con las estadísticas del INSS, la duración media de los procesos con alta en el Ejercicio de 2019 fue de 41,76 en el caso de mujeres y de 50 en el caso de hombres, por lo que predomina el sexo femenino en las bajas de corta duración.

Este dato se corrobora por el VII informe Adecco sobre absentismo, -citado en la STC 118/2019- de junio de 2018, que señala que, de las bajas en procesos por incapacidad temporal por procesos comunes en 2017, un 55 por 100 son cursadas por mujeres, mientras que los hombres cursan un 45 por 100.

Además, en el informe VIII de Adecco sobre absentismo, el más reciente al dictarse esta sentencia, se invocan como algunas de las posibles causas de absentismo la jornada de trabajo habitualmente prolongada, así como los empleos estresantes (p.17), lo que puede contribuir a explicar por qué las mujeres, que sufren las "dobles" jornadas de trabajo y cuidado en mayor medida que los hombres, con el consiguiente incremento de tiempo de trabajo y estrés, presentan una mayor incidencia en las bajas de corta duración.

Por tanto, y a modo de conclusión, **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 a las mujeres que a los hombres.**

Si bien, conforme a la STC 118/2019 (LA LEY 148375/2019), dicha norma se dicta en atención a una finalidad legítima (libertad de empresa y defensa de la productividad ex art.38 CE (LA LEY 2500/1978)), instaurar el despido para alcanzar dicha finalidad no parece que sea necesario y adecuado, toda vez que existen medidas mucho menos intrusivas, como la modificación de las normas que imponen a la empresa el abono del subsidio de IT del 4º al 15 día (art. 173.1pfo 2º LGSS, que fue introducida por la Ley 28/1992 (LA LEY 3252/1992)), reduciendo así los costes empresariales y aumentando la productividad; o bien, incrementando o reformando el control de la Incapacidad temporal, evitando situaciones de fraude o abuso que es lo que parece perseguir el legislador (RD 625/2013 (LA LEY

14923/2013), de 18 de julio). En fin, medidas alternativas menos injerentes que revelan la innecesariedad y desproporción de la medida, pasarían por reinstaurar un índice de absentismo referencial en la empresa, como ocurría en la redacción dada al art.52d) ET con anterioridad a la vigencia del RD-Ley 3/12 (LA LEY 1904/2012).

Por tanto, y **sin entrar en el juicio de constitucionalidad del art.52d) ET, a nivel convencional dicha disposición supone una infracción del art.11 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 servicio; 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.

2.5.- Solución del caso concreto.

Como ha quedado razonado, *el art.52d) ET se opone y **es contrario a:***

- el art.6.1 Convenio nº 158 OIT;

- los arts.4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT y el art.3 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961);

- el art.11 CEDAW.

Por tanto, y sin entrar en el juicio de constitucionalidad de dicha norma, la misma no resulta de aplicación al caso, puesto que de conformidad con el art.31 LTI, las normas convencionales deben prevalecer sobre el art.52d) ET en caso de conflicto.

*La consecuencia ha de ser la **estimación de la demanda**, por cuanto **se ha producido un despido sin causa legal que lo ampare y la declaración de la improcedencia del despido**. Conforme al art.56 ET y 53.5 ET y arts. 110 (LA LEY 19110/2011) y 123 LRJS (LA LEY 19110/2011).*

La trabajadora afectada por el despido tiene una antigüedad de unos 43 años al momento de ser despedida, por lo que concurren en la misma todas las infracciones antes expuestas, en especial la de discriminación indirecta. No consta que haya tenido anteriores situaciones de incapacidad temporal, y por su edad se enfrenta a una especial dificultad en la reinserción laboral.

Partiendo de ello, si la extinción se declara **improcedente** y el empresario procede a la readmisión, la trabajadora habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de esta el importe de dicha indemnización, que asciende a 46.308,94 € netos.

El **cálculo de la indemnización por despido** debe hacerse sobre la base del periodo en que la parte actora ha prestado servicios laborales para el empleador, tomando como fecha inicial el día 14/05/1976 correspondiente a la antigüedad reconocida en esta resolución y como fecha final el día de extinción de la relación laboral 03/01/2019. El prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (sentencias del TS de 20 de julio de 2009, recurso 2398/2008 (LA LEY 153829/2009), ECLI:ES:TS:2009:5261; 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011 (LA LEY 95002/2012) ECLI:ES:TS:2012:4645; y 6 de mayo de 2014, recurso 562/2013, ECLI:ES:TS:2014:2125 (LA LEY 63423/2014)).

La indemnización correspondiente al periodo anterior al 12 de febrero de 2012 se calcula a razón de "cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año" (disposición transitoria undécima del Estatuto de los Trabajadores). Ello significa que debemos contabilizar 512 meses en este primer periodo y que por cada uno de ellos se devengan 3,75 días indemnizatorios (45 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año).

Habiendo superado la indemnización por el primer periodo 720 días de salario, no debe computarse a efectos indemnizatorios el tiempo de prestación de servicios posterior al 12 de febrero de 2012, operando el tope máximo previsto en la disposición transitoria undécima del Estatuto de los Trabajadores, la cual establece: ""El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso"" (sentencias del TS de 2 de febrero de 2016, recurso 1624/2014 (LA LEY 6490/2016);

15 de febrero de 2018, recurso 795/2016 (LA LEY 6848/2018) y 10 de mayo de 2018, recurso 2477/2016 (LA LEY 65650/2018), entre otras).

Aplicando el referido criterio la indemnización se cifra en 160.876,80 euros. De esa cuantía, caso de no optarse por la readmisión, debe deducirse la indemnización que por cese del contrato percibió la actora, que asciende a 46.308,94 €.

Hay que señalar que la trabajadora apunta en su demanda una cuantía de 157.566,97 euros, partiendo de un salario mensual de 3.883.60€ y con una antigüedad de 14/05/1976. Sin embargo con dicha antigüedad y salario la indemnización correcta, conforme al art. 56 y art.53.5 ET, que son normas de derecho necesario, no asciende a la cantidad pedida en la demanda, sino a la de 160.886,80 euros.

En este punto, cabe añadir que juega aquí **el principio de congruencia flexible**, sentado por la Sala IV, entre otras, en STS 16 febrero 1993, en la que sostiene que *"esta tendencia interpretativa alejada de una rigidez formalista debe operar si cabe con mayor laxitud en el proceso laboral (...) criterio (que) se debe mantener, pues estando inspirado este proceso en el principio dispositivo su aplicación tiene menos rigor que en el proceso civil, es decir, en esta rama ese principio está matizado por varios preceptos procesales que tienen su raíz en el principio de impulso de oficio (...) , y « por otra parte, el principio iura novit curia aplicado al Juez tiene en este proceso mayor intensidad, pues la demanda no requiere tener fundamentos de Derecho (art.80 de la LPL (LA LEY 1444/1995)) ni es precisa la intervención de técnico en Derecho (art.21 de la LPL (LA LEY 1444/1995)) en los procesos de instancia, lo que obliga, en ocasiones, al Juez a corregir determinados enfoques jurídicos inadecuados, o a suplir omisiones producidas por error de las partes, sin que con eso abandone su imparcialidad.»; y «además de lo anterior, en el proceso laboral se ventilan derechos que, en gran parte, son irrenunciables por virtud de lo dispuesto en los artículos 3.5 del Estatuto de los Trabajadores y 69 de la Ley General de la Seguridad Social, y si por virtud de la congruencia el Juez aceptara peticiones inferiores a los mínimos reconocidos en normas de derecho necesario, podría estar consagrando una renuncia de derechos que sería inválida según los artículos indicados y que nunca podría ser subsanada por electo de la cosa juzgada (art.1.251 del Código Civil (LA LEY 1/1889))"*

En efecto, no siendo discutidos ni la antigüedad, ni el salario base del despido, la actora pide la declaración de improcedencia y, por tanto, todos los componentes fácticos de la indemnización legalmente establecida por norma de derecho necesario (art.53 y 56 ET), han podido ser debatidos por las partes, sin indefensión alguna, por lo que no resulta incongruente la aplicación de esa norma obviando los errores de cálculo en que haya podido incurrir la parte.-

En cuanto a las costas, dada la estimación del recurso, no procede su imposición, conforme al art.235 LRJS (LA LEY 19110/2011).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por D^a MANUELA frente a la sentencia nº 168/2019, dictada por el juzgado de lo Social nº1 de Terrassa el 7/06/2019 en los autos 121/2019, que revocamos y, en su lugar, declaramos la improcedencia del despido de fecha 03/01/2019 de D^a MANUELA , y condenamos a EMPRESA S.L. a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a razón de 127,68 €/día desde la fecha del despido (03/01/2019) hasta la de la notificación de esta sentencia o hasta que haya encontrado empleo, si tal colocación es anterior a esta sentencia o, a elección del empresario, a abonar a la trabajadora una indemnización en cuantía de 160.876,80 euros, de la que debe deducirse la indemnización que por cese del contrato percibió la actora, que asciende a 46.308,94 euros. Deberá efectuarse la opción en el plazo de 5 días en la Secretaría de esta Sala Social. en el caso de que no se efectúe, se entenderá hecha tácitamente en favor de la readmisión.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011).

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011), depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011), con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.