



Roj: **STS 1427/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1427**

Id Cendoj: **28079140012022100259**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2022**

Nº de Recurso: **2142/2020**

Nº de Resolución: **270/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Terrassa, núm. 1, 07-06-2019 (proc. 121/2019).,**
STSJ CAT 1/2020,
STS 1427/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 270/2022

Fecha de sentencia: 29/03/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2142/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Procedencia: T.S.J. CATALUÑA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: MCP

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2142/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 270/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 29 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Aleix Nicolau Hermoso, en nombre y representación de la empresa Kern Pharma SL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 17 de enero de 2020, en recurso de suplicación nº 5532/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2019, dictado por el Juzgado de la Social número Uno de Terrassa, en autos nº 121/2019, seguidos a instancia de la trabajadora D^a Inés contra la empresa Kern Pharma SL y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

Ha comparecido en concepto de recurrido D^a Inés, representada por el Procurador D. Antonio Nicolás Vallellano y asistida por el Letrado D. Raúl Saavedra Castro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de junio de 2020, el Juzgado de lo Social número Uno de Terrassa, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D^a Inés contra KERN PHARMA, 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.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

1º.- D^a Inés prestó servicios para KERN PHARMA, 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 la anterior sentencia, por la representación letrada de D^a Inés, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 17 de enero de 2020, en la que consta el siguiente fallo: "ESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por D^a Inés frente a la sentencia nº 168/2019, dictada por el juzgado de lo Social nº 1 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 Inés condenamos a KERN PHARMA 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."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la representación letrada de Kern Pharma SL, se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de diciembre de 2013 (recurso 1190/2013) y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 3 de abril de 2017 (recurso 7675/2016), una por cada motivo de contradicción que alega.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y habiendo sido impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso improcedente, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 22 de marzo de 2022, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La controversia casacional radica en determinar si el despido objetivo por absentismo regulado en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) vulneraba los tratados internacionales. El citado precepto fue derogado por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero. La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 17 de enero de 2020, recurso 5532/2019, consideró que sí los vulneraba y declaró la improcedencia del despido de la actora.

2.- La parte demandada interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina en el que plantea dos motivos:

a) Argumenta que el despido objetivo por absentismo no es contrario a lo recogido en el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT. Invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de diciembre de 2013, recurso 1190/2013.

b) Alega que el art. 52.d) del ET tampoco es contrario a los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, al art. 3 de la Carta Social Europea, ni al art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW). Invoca de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de abril de 2017, recurso 7675/2016.

3.- La parte actora presentó un escrito de impugnación del recurso en el que manifiesta que existe contradicción con las sentencias de contraste que requiere de un criterio unificador del Tribunal Supremo, argumentando que la doctrina conforme a derecho es la de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal informó en contra de la procedencia del recurso.

SEGUNDO.-1.- En primer lugar, debemos examinar si concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS). En la sentencia recurrida, la actora fue despedida en fecha 3 de enero de 2019, al amparo del derogado art. 52.d) del ET, por faltas justificadas de asistencia al trabajo. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social declaró la procedencia del despido. La parte actora interpuso un conciso recurso de suplicación en el que alegó que las ausencias al trabajo no eran intermitentes. La única cuestión suscitada en suplicación era la intermitencia o no de las ausencias al trabajo. El Tribunal Superior de Justicia abordó como cuestión previa el control de convencionalidad del art. 52.d) del ET. La sentencia de suplicación concluyó que ese precepto no era aplicable porque era contrario al art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT; a los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, al art. 3 de la Carta Social Europea; y al art 11 de la CEDAW. Por todo lo cual, declaró la improcedencia del despido.

2.- En el primer motivo del recurso se alega que el despido objetivo por absentismo no es contrario a lo recogido en el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT. La sentencia de contraste, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 2 de diciembre de 2013, recurso 1190/2013, declaró la procedencia de un despido objetivo por ausencias justificadas. En ella se argumenta que el art. 52.d) del ET no contradecía lo dispuesto en el art. 6 del Convenio 158 de la OIT.

3.- Concurre el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial. En ambos pleitos se trataba de trabajadores despedidos por causas objetivas fundadas en el absentismo laboral. En los dos supuestos se abordó si era aplicable el art. 52.d) del ET por resultar contrario a lo dispuesto en el art. 6

del convenio 158 de la OIT. En mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales los pronunciamientos son dispares, pues la sentencia recurrida declara la improcedencia del despido, mientras que la sentencia referencial lo considera procedente.

TERCERO.-1.- El art. 6 del Convenio 158 de la OIT establece:

"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."

2.- Los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT disponen:

"Art. 4.1. Todo miembro deberá, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas y habida cuenta de las condiciones y práctica nacionales, 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.

2. 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.

Art. 5. La política a que se hace referencia en el art. 4 del presente convenio deberá tener en cuenta las grandes esferas de acción siguientes, en la medida en que afecten la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo:

A) Diseño, ensayo, elección, reemplazo, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los componentes materiales del trabajo (lugares de trabajo, medio ambiente de trabajo, herramientas, maquinaria y equipo; sustancias y agentes químicos, biológicos y físicos; operaciones y procesos);

B) Relaciones existentes entre los componentes materiales del trabajo y las personas que lo ejecutan o supervisan, y adaptación de la maquinaria, del equipo, del tiempo de trabajo, de la organización del trabajo y de las operaciones y procesos a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores;

C) Formación, incluida la formación complementaria necesaria, calificaciones y motivación de las personas que intervienen, de una forma u otra, para que se alcancen niveles adecuados de seguridad e higiene;

D) Comunicación y cooperación a niveles de grupo de trabajo y de empresa y a todos los niveles apropiados hasta el nivel nacional inclusive;

E) La protección de los trabajadores y de sus representantes contra toda medida disciplinaria resultante de acciones emprendidas justificadamente por ellos de acuerdo con la política a que se refiere el art. 4 del presente convenio."

3.- La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el día 29 de abril de 1980, establecía en su art. 3:

"Para garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, las partes contratantes se comprometen:

1. A promulgar reglamentos de seguridad e higiene.

2. A tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos.

3. A consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo."

4.- La Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 establece:

a) El art. 3 regula el "Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo":

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, las Partes se comprometen, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores:

1 a formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente sobre seguridad e higiene en el trabajo y sobre el entorno de trabajo. Esta política tendrá como objeto principal la mejora de la seguridad y la higiene en el trabajo y la prevención de accidentes y de daños a la salud derivados o relacionados con el trabajo

o que se produzcan en el curso del mismo, en particular minimizando las causas de los riesgos inherentes al entorno de trabajo;

2 a promulgar reglamentos de seguridad e higiene;

3 a adoptar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos;

4 a promover el establecimiento progresivo de servicios de higiene en el trabajo para todos los trabajadores, con funciones esencialmente

preventivas y de asesoramiento."

b) El art. 24 regula el "Derecho a protección en caso de despido":

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;

b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial."

5.- El art. 11 de la CEDAW 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 a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;

c) 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 a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;

d) 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 del trabajo;

e) 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;

f) 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.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda."

6.- El art. 52.d) del ET, en la fecha de la extinción del contrato de trabajo (3 de enero de 2019), regulaba una causa de despido objetivo que daba lugar a una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, con un máximo de doce mensualidades, cuya cuantía era inferior a la prevista para el despido improcedente, "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."

Este precepto fue derogado con posterioridad al despido de la actora por el Real Decreto-ley nº 4/2020, de 18 de febrero, sin que la derogación tuviera efectos retroactivos.

7.- La sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, C-270/2016, examinó si el art. 52.d) del ET era contrario a la Directiva 2000/78. El Alto Tribunal sostiene que:

a) "los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación no solo para primar un determinado objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo" (apartado 43);

b) "combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b), inciso i), de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo" (apartado 44);

c) los órganos jurisdiccionales deben verificar en el caso concreto que la medida legislativa aplicada no va más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad legítima (apartados 45 y siguientes), teniendo en cuenta "en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral" (apartado 47).

El TJUE declaró que "El art. 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente".

8.- La sentencia del Pleno del TC nº 118/2019, de 16 octubre, declaró que el art. 52.d) del ET no vulneraba el derecho fundamental a la integridad física y moral, el derecho al trabajo, ni el derecho a la protección de la salud. El Alto Tribunal argumentó que ese precepto "persigue un interés legítimo no desprovisto de fundamento constitucional [...] responde al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador. Ello encuentra fundamento en la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE, que encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como "la defensa de la productividad". De este modo, la naturaleza objetiva del despido regulado en el art. 52 d) LET obedece a la finalidad lícita de eximir al empresario de la obligación de mantener una relación laboral que ha devenido onerosa en exceso para la empresa, por las repetidas faltas de asistencia del trabajador a su puesto; esas ausencias intermitentes, aun cuando lo sean por causas justificadas, generan un incremento de costes laborales que la empresa no tiene por qué soportar. El absentismo conlleva para el empresario un perjuicio de sus intereses legítimos, por la menor eficiencia de la prestación laboral de los trabajadores [...] dados los costes directos e indirectos que suponen para la empresa. De ahí que el legislador procure paliar sus consecuencias, con medidas tales como la cuestionada".

En cuanto al derecho a la integridad física, el TC sostiene 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 [...] 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."

Respecto al derecho a la salud, el TC explica que "el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el art. 52 d) LET no vulnera el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 CE reconoce, ni tampoco, valga añadir, el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE)."

Por último, en relación con el derecho al trabajo, el TC argumenta: "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, conforme al cual la ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación laboral. Debe tenerse en cuenta que en el párrafo 2 del mismo art. 6 del Convenio se precisa que la "definición de lo que constituye una ausencia temporal de trabajo, la medida en que 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", a cuyo tenor deberá "darse efecto a las disposiciones del presente convenio 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". Es decir, 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 periodo determinado, conforme a las previsiones del art. 52 d) LET.

En suma, debemos descartar que el precepto legal cuestionado resulte contrario al art. 35.1 CE, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima -evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo-, que encuentra fundamento constitucional en la libertad [...] de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)."

CUARTO.- 1.- La atribución del control de convencionalidad a la jurisdicción ordinaria ya se preveía en la sentencia del TC nº 49/1988, de 22 marzo, F. 14: "Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la Disposición adicional segunda (de la Ley 31/1985, de 2 de agosto) es o no contrario a lo previsto en el Convenio (con la Santa Sede), es decir, la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal".

La sentencia del Pleno del TC nº 140/2018, de 20 diciembre, F. 16, lo expresa con claridad: "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, 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."

Posteriormente, el TC ha reiterado que "los tribunales ordinarios puedan declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional [...] el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria" (sentencia del TC nº 120/2021, de 31 mayo, F. 3, entre otras). Aunque el art. 52.d) del ET fue derogado, debemos realizar el control de convencionalidad de ese precepto porque su derogación no tuvo efectos retroactivos.

2.- El ET de 10 de marzo de 1980 regulaba en su art. 52.d) el despido por absentismo justificado e intermitente en términos semejantes al art. 52.d) del ET de 1995 vigente en la fecha del despido de autos.

El Convenio 155 de la OIT fue ratificado por España mediante el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 11 de noviembre de 1985. El Convenio 158 de la OIT fue ratificado por España el 26 de abril de 1985.

En el prolongado lapso temporal transcurrido desde la ratificación de dichos convenios (en el año 1985) hasta la derogación del art. 52.d) del ET (en el año 2020), reiterados pronunciamientos del TS han resuelto recursos de casación aplicando esa norma. Hemos declarado la procedencia de despidos objetivos por absentismo, sin que este tribunal, en cumplimiento del control de convencionalidad, al seleccionar la norma aplicable, haya considerado que el art. 52.d) del ET fuera contradictorio con los tratados internacionales ratificados por España. Entre los pronunciamientos más recientes pueden citarse las sentencias del TS de 19 de marzo de 2018, recurso 10/2016; 23 de junio de 2020, recurso 233/2018; y 17 septiembre de 2020, recurso 2112/2018. Las dos últimas son posteriores a la mentada sentencia del TC nº 140/2018, que atribuye con claridad a la jurisdicción ordinaria el control de convencionalidad.

QUINTO.- 1.- Debemos examinar si el art. 52.d) del ET era contrario al art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT. La OIT dispone de mecanismos de control periódico de la aplicación de sus normas: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Un Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT examinó la reclamación de los sindicatos CC.OO. y UGT en la que imputaban al Gobierno de España que la reforma laboral realizada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, vulneraba, entre otros, los arts. 4 y 6.1 del Convenio 158 de la OIT por la inclusión como causa de despido del absentismo. El citado comité argumentó:

"El Comité observa que en virtud del párrafo 2 del artículo 6 del Convenio la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o de lesión "serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio", es decir, en el caso de España, por la legislación nacional y las sentencias judiciales [...] El Comité considera que las modificaciones a las definiciones y a las limitaciones de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 han sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1."

El citado informe fue aprobado por el Consejo de Administración de la OIT en la 321.ª reunión, celebrada el 13 de junio de 2014.

2.- La sentencia del Pleno del TC nº 118/2019 argumenta que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT. A pesar de la claridad del pronunciamiento del Alto Tribunal, la sentencia recurrida rechaza su argumentación porque considera que se trata de un mero *obiter dictum* no vinculante debido a que el control de convencionalidad corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Hemos explicado que la sentencia del Pleno del TC nº 140/2018 declaró la competencia del juez ordinario para resolver los problemas de contradicción de las leyes con los tratados. Pero introduce una precisión: el TC puede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios para garantizar que no incurren en error.

Por ende, la atribución a la jurisdicción ordinaria del control de convencionalidad en modo alguno supone que el TC no pueda examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional, debiendo hacer hincapié en que las resoluciones del TC vinculan a todos los jueces y tribunales (art. 5.1 de la LOPJ).

El TC se pronunció expresamente en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, sin que dicho pronunciamiento del tribunal de garantías constitucionales pueda considerarse un mero *obiter dictum*.

3.- Esta sala debe reiterar los argumentos de la citada sentencia del TC nº 118/2019 y del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. El despido por absentismo que estaba regulado en el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6 del Convenio 158 de la OIT. Ese precepto permite que el legislador nacional, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, pueda establecer limitaciones a la regla general que excluye que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión constituya una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. El apartado 2 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT limita sustancialmente el alcance de esta norma y de las garantías derivadas de ella, lo que permitía la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento del art. 52.d) ET.

Hay que diferenciar:

1) El art. 4 del Convenio 158 de la OIT establece una regla general: "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio."

2) La concreción de dicha regla general se encuentra en los arts. 5 y 6 del Convenio 158 de la OIT. Estos preceptos distinguen:

a) El art. 5 menciona cinco supuestos que en ningún caso pueden constituir causa justificada para la terminación del contrato: ejercicio de la libertad sindical, ejercicio del derecho a ser representante de los trabajadores, garantía de indemnidad, discriminación y ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

b) Por el contrario, el art. 6 regula en un precepto diferente la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, que tiene un tratamiento propio, remitiéndose expresamente a la legislación nacional o a los contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales.

Debemos concluir que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, que permite la extinción del 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, lo que incluye la defensa de la productividad.

SEXTO.- 1.- A continuación, debemos examinar si el art. 52.d) del ET era contrario a los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, que imponen a los Estados miembros adoptar una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, con el objeto de prevenir los accidentes y los daños para la salud. Dicha política debe tener en cuenta diferentes esferas de acción relativas a los componentes materiales del trabajo, relaciones entre esos componentes y los trabajadores, formación, cooperación y protección de los trabajadores y de sus representantes contra toda medida disciplinaria resultante de acciones emprendidas justificadamente por ellos.

La mencionada sentencia del TC nº 118/2019 rechaza que el art. 52.d) del ET vulnere el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE en relación con el derecho a la vida y a la integridad física del art. 15 de la CE.

2.- Los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al que resulta de aquellos preceptos constitucionales, por lo que esta sala, por un elemental principio de seguridad jurídica, debe concluir, en el mismo sentido que la referida sentencia del TC nº 118/2019, que la regulación del art. 52.d) del ET respondía a la finalidad legítima consistente en evitar el incremento de los costes empresariales, con fundamento en la libertad de empresa, sin que se haya probado que efectivamente fuera contradictorio con los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT, que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores. No se ha acreditado que la posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente, efectivamente causara a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud.

SÉPTIMO.- 1.- Seguidamente, debemos examinar la adecuación del art. 52.d) del ET al art. 3 de la Carta Social Europea. El art. 96.1 de la CE establece que "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno [...]".

La sentencia recurrida aplica el art. 3 de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Dicha Carta fue firmada por España el 23 de octubre de 2000 pero la necesidad de adaptar la legislación española pospuso su ratificación. Se ratificó el 29 de abril de 2021 y se publicó en el BOE de 11 de junio de 2021, con posterioridad al despido enjuiciado en esta litis (producido el 3 de enero de 2019) y a la derogación del art. 52.d) del ET por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero.

2.- No cabe declarar la improcedencia de un despido aplicando un tratado internacional que no había sido ratificado ni publicado en el Boletín Oficial del Estado en el momento de la extinción del contrato de trabajo porque dicho tratado no formaba parte del ordenamiento interno y ello vulneraría la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la CE. El despido debe calificarse de conformidad con las normas jurídicas aplicables en la fecha de la extinción contractual.

3.- La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el día 29 de abril de 1980, vigente en la fecha del despido, se limitaba a reconocer, en su art. 3, el compromiso de las partes contratantes de promulgar reglamentos de seguridad e higiene; tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos; y consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo. El art. 52.d) del ET no era contrario a ese precepto.

4.- A mayor abundamiento, la Carta Social Europea (revisada) regula el despido en su art. 24, no en el art. 3. El art. 24 admite el despido cuando existan "razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta (del trabajador), o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio".

La Carta Social Europea no establece un derecho a la seguridad e higiene en el trabajo con un contenido distinto del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE en relación con el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo del art. 40.2 de la CE.

Por ello, este tribunal debe concluir, de conformidad con la mencionada sentencia del TC 118/2019, que no contradecía el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo previsto en la Carta Social Europea el despido regulado en el art. 52.d) del ET, que excluía del cómputo del absentismo las faltas de asistencias debidas a accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, enfermedades o accidentes no laborales cuando la baja tenía una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género o cuando se tratase del tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

El ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica.

OCTAVO.- 1.- Por último, debemos examinar la alegación consistente en que el art. 52.d) del ET vulneraba el art. 11 de la CEDAW, que prohíbe la discriminación contra las mujeres.

La sentencia recurrida acoge la tesis de uno de los votos particulares de la mentada sentencia del TC nº 118/2019 relativa a que el despido por absentismo suponía una discriminación indirecta por razón de sexo porque los datos estadísticos evidencian un mayor impacto en las mujeres que en los hombres en las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal.

2.- Esta argumentación no opera en el plano de la mera legalidad sino en el relativo a la vulneración de derechos fundamentales. Por eso fue abordado en el citado voto particular de la sentencia del TC. La CE prohíbe la discriminación por razón de sexo en su art. 14. El art. 10.2 de la CE establece que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

3.- La sentencia del TC nº 118/2019 no se pronuncia expresamente acerca de si el art. 52.d) del ET vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo. Sin embargo, uno de los votos particulares afirma que sí que la infringe.

El art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que "los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación."

Por consiguiente, en la deliberación del Pleno, la Magistrada del TC autora del voto particular, defendió que el art. 52.d) del ET vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo, sin que la mayoría de los Magistrados estuvieran de acuerdo con ella.

A pesar de la falta de un pronunciamiento expreso de la sentencia del TC nº 118/2019, debemos concluir que la citada resolución del intérprete supremo de la Carta Magna ya se ha pronunciado en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE. En caso contrario, el TC no hubiera declarado que esa norma era conforme con la CE y la tesis defendida en la deliberación que era favorable a que se declarase la existencia de discriminación, se hubiera impuesto.

El art. 11 de la CEDAW no proporciona un estándar de protección distinto del que proporciona la Carta Magna, por lo que se trata de una controversia que debe considerarse resuelta por la sentencia del TC nº 118/2019.

4.- Esta sala no puede contradecir dicho pronunciamiento del TC, so pena de causar un grave perjuicio a la seguridad jurídica. Los argumentos del citado voto particular, que hace suyos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no fueron asumidos por el Pleno del TC, lo que obliga al TS a concluir que el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del art. 52.d) del ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE, no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminado por razón del sexo. La estimación del primer motivo del recurso hace irrelevante el examen del segundo.

NOVENO.- Las precedentes consideraciones obligan, oído el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y ordenar la devolución de las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, partiendo de que el art. 52.d) del ET no era contrario a los tratados internacionales, resuelva el recurso de suplicación en su día planteado.



No procede la condena al pago de costas. Se acuerda la devolución de los depósitos y de las consignaciones efectuadas en su caso para recurrir en casación unificadora (arts. 235 y 228 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Kern Pharma SL.

2.- Casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cataluña de fecha 17 de enero de 2020, recurso 5532/2019.

3.- Ordenar la devolución de las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, partiendo de que el art. 52.d) del ET no era contrario a los tratados internacionales, resuelva el recurso de suplicación en su día planteado.

4.- No procede la condena al pago de costas. Se acuerda la devolución de los depósitos y de las consignaciones efectuadas en su caso para recurrir en casación unificadora.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO