

## La justicia se adelanta al Gobierno: el despido por absentismo es contrario a derecho

El TSJ de Cataluña deja sin efecto este supuesto por ser contrario a la normativa internacional

Irene Cortés

14 de febrero de 2020

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña considera que el despido por absentismo es contrario a derecho. En su sentencia, con fecha de 17 de enero de 2020, el TSJ rechaza la validez de este supuesto porque choca con varias normativas internacionales. Para la Sala, los convenios y tratados firmados entre países y ratificados por España "deben prevalecer sobre el artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores", que recoge el cese por faltas justificadas. Los magistrados se adelantan así al Ministerio de Trabajo, que recientemente anunció que derogaría este precepto el próximo martes.

El despido por absentismo afecta concretamente a tres normas: La Carta Social Europea, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En este sentido, la Sala recuerda que tanto normativas internacionales (la Convención de Viena, entre otras) como la ley española sobre tratados y otros acuerdos supranacionales reconocen la "jerarquía normativa superior" de las normas firmadas y ratificadas entre estados, por lo que prevalecen sobre las leyes internas.

Para los magistrados, el despido por absentismo afecta a tres derechos reconocidos a nivel global: el de no ser despedido por una causa justa, el derecho a la prevención de riesgos laborales y la prohibición de no discriminación por razón de género. El primero viene previsto en la Carta Social Europea, que rechaza expresamente que las ausencias temporales al trabajo por enfermedad o accidente puedan entrar dentro del paraguas de las "causas justas".

En lo que respecta a la prevención de riesgos laborales, el TSJ cita el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que recoge este derecho desde una perspectiva más amplia que nuestra Constitución (que solo protege los riesgos graves e inminentes para la salud o la vida de los trabajadores). En este sentido, los magistrados señalan que el despido por absentismo supone, para empezar, un riesgo para el empleado, "que hará todo lo posible por evitar perder su trabajo". También afecta al resto de la plantilla, porque "se exponen al contagio en aras de una pretendida defensa por la productividad", matizan. Considerar como válido el despido por ausencias derivadas de enfermedad o accidente constituye, por tanto, una infracción de este Convenio.

Por otro lado, el TSJ considera que el despido en base a ausencias justificadas "supone una discriminación por razón de género", lo que atenta contra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, firmada en Nueva York en diciembre de 1979 y ratificada por España cinco años después, en 1984. Para explicarlo, el tribunal cita el VII Informe Adecco sobre absentismo, que revela que, durante el año 2017, el 55% de las bajas por incapacidad temporal fueron protagonizadas por mujeres, frente al 45% de hombres. Esta disposición, por tanto, pese a ser aparentemente neutra, "pone a las personas de sexo femenino en una desventaja particular" con respecto a sus compañeros.

13 días ausente

El tribunal atiende el caso de una mujer que, después de trabajar 43 años en la misma empresa, fue despedida por ausentarse varios días al trabajo. Concretamente, se ausentó 13 jornadas completas en el plazo de dos meses, lo que indica una tasa de abstención de casi el 32%. La empleada aportó comprobantes médicos que justificaban las ausencias por sufrir dolores fuertes de espalda y vértigos.

El juzgado de Terrassa que vio el caso en primer lugar dio la razón a la empresa y avaló el cese al cumplirse los límites establecidos en el artículo 52 del ET, que exige una tasa de absentismo superior al 20%. Ahora, el TSJ califica el cese de improcedente y obliga a la compañía a bien readmitir a la trabajadora y abonarle los salarios de tramitación (128 euros al día); o a indemnizarla con 161.000 euros.

### **Sentencia del Constitucional**

En repetidas ocasiones, el TSJ catalán hace referencia a la conocida sentencia del Tribunal Constitucional que, el pasado octubre, avaló la constitucionalidad del despido por absentismo. En este fallo, los magistrados declararon que esta medida no vulneraba en ningún caso el Convenio de la OIT al entender que los estados firmantes pueden establecer límites a los derechos establecidos. Sin embargo, la Sala rechaza estos argumentos y matiza que las consideraciones que hace el TC no son vinculantes, ya que la determinación de si una medida se adecúa o no a los tratados internacionales "corresponde a la jurisdicción ordinaria", por lo que queda fuera de las competencias del TC.