

De nuevo sobre la extinción por absentismo: el proceso de reasignación de género no se considera enfermedad grave a los efectos del cómputo de ausencias

STSJ de Las Palmas de Gran Canaria-SOC núm. 246/2019 de 12 de marzo

María Arántzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Resumen: *Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por el actor contra la sentencia del Juzgado núm. 8 de las Palmas de Gran Canaria en reclamación de despido. Es ajustada a Derecho la extinción del contrato de trabajo por absentismo (justificado) del trabajador sin que quepa calificar el proceso de reasignación de sexo como una enfermedad grave con virtualidad para excluir dichas bajas de las computables*

Palabras clave: *Absentismo; identidad sexual; discordancia de género; proceso de reasignación de género; extinción por causas objetivas; enfermedad grave; analogía; criterios hermenéuticos*

Abstract: *The appeal against the judgment of Court No. 8 of Las Palmas de Gran Canaria in dismissal claim is dismissed. The termination of the work contract due to worker's absenteeism (justified) is adjusted to law without qualifying the process of reallocation of sex as a serious illness with effects to exclude such leave from the computable ones*

Keywords: *Absenteeism; sexual identity; gender mismatch; gender reassignment process; extinction for objective reasons; serious illness; analogy; hermeneutical criteria*

I. Introducción

La Sentencia seleccionada desestima el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador de la empresa Emergia Canarias Consumer Care, S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria (núm. proc. 337/2016), que estimó ajustada a Derecho la extinción por absentismo laboral del citado trabajador.

La STSJ Canarias fundamenta su fallo en razones sustantivas no entrando a conocer, por razones procesales, sobre la solicitud de nulidad del despido alegada en suplicación por el recurrente. La Sala rechaza la petición de nulidad del despido por discriminación, al exceder de los términos del debate suscitado en la instancia, en la que únicamente se solicitó su improcedencia. En relación a las razones sustantivas, niega que algunas de las ausencias que han justificado el despido por absentismo del trabajador puedan ser catalogadas como “enfermedad grave” a efectos de aplicar la excepción prevista en el art. 52.d) ET, al considerar que la transexualidad no es una

enfermedad grave. Esta afirmación la fundamenta la Sala, tanto en la propia declaración del recurrente, como en distinta normativa del orden social. Vaya por delante que, a mi parecer, es más que dudosa que concurra la identidad de razón que exige el art. 4.1 Código Civil para la aplicación analógica de las normas seleccionadas para la integración del concepto de “enfermedad grave” a estos efectos.

La sentencia examinada se une así al reciente elenco de pronunciamientos judiciales al máximo nivel en relación a la extinción del contrato de trabajo por absentismo (STJUE 1 de diciembre 2016, C-395/15, Asunto Daouidi; STJUE 18 de enero 2018 (C-270/16), Asunto Ruiz Conejero; STJUE 11 de septiembre 2019 (C-397/18), Asunto Nobel Plastiques; STC 118/2019, de 16 de octubre), en las que se valora la adecuación y ponderación de derechos del máximo nivel constitucional (derecho a la salud, derecho al trabajo, libertad de empresa y defensa de la productividad)^[1].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria).

Número y fecha de la resolución judicial: sentencia núm. 246/2019 de 12 de marzo.

Tipo y número de recurso: recurso de suplicación núm. 838/2018.

ECLI: ES:TSJICAN:2019:1623.

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Marina Mas Carrillo.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes.

La empresa demandada y recurrida despidió al trabajador por faltas de asistencia al trabajo pues, aunque justificadas con las oportunas bajas médicas oficiales, excedían de los límites cuantitativos previstos en el art. 52 d) ET, sin que concurriera ninguno de los supuestos que excluyen del cómputo algunas ausencias. No se cuestiona la realidad de las ausencias ni su justificación: la discrepancia se centra en si cabe considerar que algunas de estas ausencias pueden quedar excluidas del cómputo de las ausencias relevantes a los efectos extintivos previstos en atención a que obedecen al proceso de reasignación de sexo al que fue sometido el trabajador. Puesto que el art. 52 d) ET sólo exceptúa del cómputo, a los efectos que aquí interesan, las ausencias por enfermedad o accidente no laboral acordada por los servicios médicos oficiales de duración superior a veinte días consecutivos y las debidas a enfermedad grave, se debate si la reasignación de sexo puede ser encuadrada en este último supuesto, puesto que el primer supuesto no concurre.

El trabajador llevaba prestando sus servicios para la demandada desde 1-10-2013. El 8-3-2016 se le comunicó la extinción de su contrato por faltas de asistencia al trabajo. Concretamente, estas faltas de asistencia, todas justificadas con la correspondiente baja médica, fueron de 15 días en dos meses consecutivos (entre 22-5-2015 y el 21-7-2015) y de 16 días en los doce últimos meses (252 días). En términos porcentuales, las ausencias supusieron el 34,095% de la jornada en dos meses consecutivos y el 6,35% en los últimos doce meses. Los diagnósticos de los diferentes procesos, todos de origen común, fueron: cervicgia (22-5-2015 y 26-5-2015), trastorno depresivo (28-5-2015 a 14-6-2015), pólipo de cuerpo uterino (8-7-2015) y 27-3-2015 (enfermedad común sin precisar causa alguna).

Se admite como hecho probado en la instancia que el actor recurrente padecía “disforia de género” y que fue sometido a tratamiento de reasignación de género (M-H) durante los meses anteriores y coetáneos a la incapacidad temporal.

2. Sentencia del Juzgado de Las Palmas de Gran Canaria

El Juzgado nº 8 de Las Palmas desestimó la demanda del actor contra el despido por causas objetivas (absentismo) al considerar que ninguna de las bajas tuvo su origen en una enfermedad grave a las que se refiere el ET, por lo que concurriendo los umbrales numéricos del art. 52 d) ET, el despido fue procedente.

3. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

El TSJ Canarias confirma la sentencia de instancia y ratifica la procedencia del despido. Admite la revisión fáctica propuesta por el trabajador recurrente, pero desestima los motivos de censura jurídica.

IV. Posiciones de las partes

1. Trabajador demandante y recurrente

El trabajador solicita revisión de hechos probados dirigida a sustituir la mera afirmación de la sentencia de instancia de su sometimiento a tratamiento de reasignación de género en los meses coetáneos y anteriores a la incapacidad temporal, por un texto que describe la relación directa de estos procesos de incapacidad temporal con su proceso de disforia de género. Esta propuesta se fundamenta en un informe médico oficial.

Como motivos de censura jurídica alega la infracción del art. 53.1.d) ET en relación al art. 14 CE y al art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la jurisprudencia concordante. Es importante señalar que la demanda de instancia solicitó exclusivamente la improcedencia del despido, sin alegación subsidiaria de nulidad.

2. La empresa

En la sentencia no consta más que la impugnación en contrario por parte de la recurrida, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia por ser ajustada a Derecho.

3. El Ministerio Fiscal

Al haberse solicitado exclusivamente la improcedencia del despido, el Ministerio Fiscal no ha sido parte en el procedimiento. Esta ausencia del Ministerio público constituye uno de los argumentos de la sentencia del TSJ Canarias para descartar entrar a conocer de la discriminación alegada por el recurrente en suplicación.

V. Normativa aplicable al caso

Como se ha anticipado, la sentencia comentada desestima el recurso de suplicación en base a motivos de carácter procesal y de carácter sustantivo.

1. La cuestión procesal: falta de solicitud en instancia de la nulidad del despido y otras cuestiones de carácter procesal

La impugnación del despido debe tramitarse a través de la modalidad procesal específica regulada en el art. 103 LJS aunque, en caso de que se alegue vulneración de derechos fundamentales, la tutela del derecho fundamental alegado debe acumularse al proceso por despido, tramitado conforme a su modalidad específica (art. 184 LJS) y en tal caso, el Ministerio fiscal debe ser parte del proceso (art. 177.3 LJS).

En el caso controvertido, la demanda por despido solicitaba exclusivamente la declaración de improcedencia por despido, sin petición subsidiaria de nulidad. El TSJ

Canarias afirma tajantemente que, ni en la demanda, ni en la sentencia de instancia hubo referencia alguna a una posible discriminación directa o indirecta del trabajador por razón de su “orientación” (sic) sexual por lo que no cabe alterar los trámites del debate planteado en instancia.

2. La cuestión material: exclusión de las enfermedades graves

El art. 52.1 d) ET permite el despido por absentismo, aún justificado, del trabajador, enmarcado en el despido por causas objetivas. En la actualidad (desde 2012), el precepto legal atiende exclusivamente al índice de absentismo individual de cada trabajador, sin vincularlo al índice de absentismo total de la empresa. Basta que el trabajador falte al trabajo de forma intermitente, aunque las ausencias estén justificadas, durante el 20% de las jornadas hábiles en los últimos dos meses o el 25% en cuatro meses discontinuos en un periodo de doce meses, para entender procedente la extinción contractual por voluntad del empresario. Existen, no obstante, diversas ausencias no computables; en este supuesto, el actor y recurrente demanda la aplicación de la excepción referida a las enfermedades graves. Considera que el proceso de reasignación de género al que ha estado sometido comporta un tratamiento hormonal y quirúrgico de carácter severo con gran repercusión sobre su salud (física y psíquica).

VI. Doctrina básica

Como ya se ha dicho, la STSJ Canarias desestima el recurso de suplicación por considerar que las ausencias del trabajador que han justificado el despido no pueden reconducirse al supuesto de “enfermedad grave”, no entrando a conocer sobre la discriminación alegada por el recurrente por tratarse de cuestión nueva no alegada en la instancia. Acepta también la revisión de hechos probados propuesta por la parte recurrente.

1. Sobre la revisión de hechos probados

La STSJ Canarias acepta la revisión de los hechos probados propuesta por el actor recurrente porque se sustenta en un informe médico emitido por la sanidad pública canaria en la que se recoge literalmente que los procesos de incapacidad temporal por trastorno depresivo (28-5-2015), por pólipo uterino (8-7-2015) y por dermatitis reactiva (21-7-2015) derivan de la “disforia de género” del trabajador. Es de señalar que esta última ausencia no se computa por la empresa para justificar el despido y sí computa dos bajas anteriores por cervicalgia (cada una de un día de duración).

La claridad de los informes en los que se sustenta (que excluye la necesidad de su interpretación) y el hecho de que se refieran a una premisa fáctica con eventual relevancia para cambiar el sentido del fallo lleva al Tribunal a aceptar la revisión propuesta.

2. Sobre la cuestión procesal: el brocardo “quien pide lo más, pide lo menos” no juega a la inversa.

El TSJ Canarias descarta entrar a conocer sobre la pretensión de nulidad invocada en suplicación por el recurrente en atención a que la demanda de instancia únicamente solicitó la improcedencia del despido, sin referencia ninguna a la vulneración de ningún derecho fundamental, lo que determinó la configuración del proceso conforme a las reglas del procedimiento por despido (arts. 103 y ss. LJS) sin citación del Ministerio Fiscal, tal y como exigen los arts. 188 y 178.2 LJS.

A tenor de la jurisprudencia invocada, la calificación del despido es competencia exclusiva del órgano judicial u no de las partes. Pese a esta afirmación, recuerda el TSJ Canarias que esta jurisprudencia^[2] responde a supuestos en los que lo solicitado fue la nulidad del despido sin petición subsidiaria de improcedencia, a diferencia del supuesto ahora debatido, en el que se solicitó exclusivamente la improcedencia, sin que tampoco en ningún momento se hiciera referencia a discriminación alguna del

trabajador. A esto se añade -también con cita de jurisprudencia consolidada^[3] y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (epígrafe VI, arts. 216 y 1563) - la imposibilidad de introducir en el recurso cuestiones nuevas no planteadas en la instancia dado el principio dispositivo (justicia rogada) que inspira el proceso laboral.

3. *La integración por analogía del concepto de “enfermedad grave”*

Descartada por las razones procesales señaladas el examen de la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, la sentencia sitúa la clave de la controversia en la interpretación del concepto de enfermedad grave. Tras descartar, invocando jurisprudencia anterior^[4], que ese concepto derive de la suma de los periodos de baja médica derivados de la misma patología (señalando que tampoco concurriría en este supuesto, puesto que no cabe imputar al proceso de reasignación de sexo los dos días de baja por cervicgia) acude a dos normas concretas para la integración del concepto.

En primer lugar, al Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo de la prestación económica por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave, cuyo anexo lista las enfermedades graves de los menores que legitiman a los progenitores para hacer uso de la reducción de jornada prevista en el art. 37.5 ET. Para el TSJ, ninguno de los diagnósticos de las respectivas bajas (trastorno depresivo, pólipo uterino) “aparece como enfermedad grave en el detalle del anexo ni tampoco el quirúrgico (postmastectomía radical y reconstrucción del pezón) que implica la reasignación de género (sic)”.

En segundo lugar, el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones que, entre los supuestos en los que cabe hacer efectivos anticipadamente los derechos consolidados en los planes de pensiones, define la “enfermedad grave” como “la que incapacite temporalmente para la ocupación, durante un periodo continuado de tres meses y que requiera intervención clínica de cirugía mayor o tratamiento en un centro hospitalario”.

Hay que dejar ya apuntado que la finalidad de ambas normas en nada se acerca al supuesto que ahora compete valorar por lo que, a mi parecer, es cuestionable que exista la identidad de razón exigida para la aplicación analógica de dichas normas. La primera norma se enmarca en la reducción de jornada de los progenitores, adoptantes o acogedores de los menores afectados de determinadas patologías y consiguiente cobertura de la consiguiente reducción salarial a través del sistema de seguridad social. Su finalidad es facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar en unas patologías con una duración temporal significativa (enfermedades de larga duración) siendo buena parte de dichas enfermedades completamente incapacitantes, por lo que difícilmente pueden dar lugar a una incapacidad de carácter temporal ni pueden, por tanto, predicarse de personas que realizan una actividad retribuida. Por su parte, los planes de pensiones son instrumentos de ahorro finalista, fiscalmente incentivados, por lo que las limitaciones para la recuperación de los derechos consolidados hay que situarlas en el contexto de su finalidad: asegurar la permanencia de la inversión realizada para la cobertura complementaria de la pensión de jubilación, pero con un limitado margen de flexibilidad para la recuperación del ahorro en caso de necesidades económicas sobrevenidas de cierta entidad como forma de asegurar la protección del ahorrador y también para evitar que su completa inmovilización inhiba la contratación de estos productos financieros. Además, esta norma hace referencia también a la intervención de cirugía mayor o tratamiento en un centro hospitalario, circunstancias que deben haberse producido en el caso que nos ocupa puesto que el trabajador se sometió a una mastectomía radical, aunque tal circunstancia no consta en los hechos probados (vid. punto siguiente).

4. *El peso de las circunstancias objetivas y subjetivas en la valoración de la transcendencia de la dolencia y/o enfermedad*

A lo anterior, el TSJ Canarias añade otro criterio decisorio, en esta ocasión, con origen en la doctrina judicial sentada en el ámbito funcional (STSJ Cataluña de

14-1-1997; rec. 1601/1993): la necesidad de valorar las condiciones (objetivas y subjetivas) concurrentes en cada caso, dado el grado de discrecionalidad que implica la calificación de la enfermedad. Y aunque apunta expresamente a que es posible imaginar el padecimiento, físico y psíquico de una persona con “disforia de género”, termina concluyendo en la falta de prueba documental o pericial tendente a justificar que dichos padecimientos y su tratamiento supusieran consecuencias más perjudiciales que los que, con igual duración, son cursados por otros trabajadores, requiriendo hospitalización o cuidados especiales o intensivos aún en el propio domicilio, o implicando secuelas permanentes derivadas del tratamiento.

Es notable la insistencia del Tribunal en aclarar que su decisión se adopta en el marco de los hechos acreditados en el proceso, de tal forma que el hecho de que el tratamiento médico-quirúrgico al que se ha sometido el trabajador traiga causa de la “disforia de género” no exime de probar las circunstancias que hubieran permitido aplicar por analogía la exclusión del cómputo de las ausencias el tratamiento médico por enfermedad grave, y concretamente, que la situación del trabajador era análoga a aquella.

En este sentido, y como se ha apuntado en el punto anterior, llama la atención que no conste referencia alguna en la sentencia al momento en que el trabajador se sometió a la intervención quirúrgica de la mastectomía radical y reconstrucción del pezón que, o bien pudo tener lugar en el periodo diagnosticado como “trastorno depresivo” - respondiendo la calificación del parte de baja oficial a la voluntad de preservar la intimidad del trabajador-; o bien en el periodo inmediatamente siguiente, con anterioridad a la baja por el pólipo de cuerpo uterino, puesto que de la redacción de los hechos probados se infiere que el trastorno depresivo es previo a la intervención quirúrgica y a causa del temor que el proceso causa en el trabajador, mientras que el pólipo uterino es consecuencia de dicha intervención. En este último supuesto, y puesto que no constan más ausencias del trabajador, cabría aventurar que la intervención pudo llevarse a cabo durante el periodo vacacional del trabajador.

VII. Parte dispositiva

La STSJ Canarias (Las Palmas) de 12-3-2019 (rec. 838/2018) desestima el recurso de suplicación del trabajador contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 337/20176), confirmándola en su integridad.

VIII. Pasajes decisivos

1º) “No se incurre en incongruencia cuando un Juzgado o Tribunal concede algo distinto a lo que las partes han solicitado, si se trata de la acción de despido, pues su calificación no depende de lo que la parte diga o pida sino de lo que con arreglo a Derecho corresponda decir” (...) “no es incongruente una sentencia que declare la improcedencia de despido aunque se haya solicitado la nulidad por cuanto dentro de la acción de despido cabe hacer una u otra calificación con las distintas previsiones que se contienen en el art. 55 ET, correspondiendo esa calificación al órgano jurisdiccional y no a la parte a la que lo único que le corresponde es la prueba de que dicho despido se produjo” (STS 23-3-2005, rec. 25/2004).

2º) “(...) lo posible diversidad de efectos o resultados no tiene otra causa o razón que la distinta calificación que corresponde aplicar a esa única calificación contractual, calificación que ha de efectuarse necesariamente en la sentencia que recaiga en ese proceso, después del examen, valoración y enjuiciamiento de todas las alegaciones, pruebas y datos que obren en autos” (STS de 20-12-1989).

3º) “(...) la calificación jurídica correspondiente al despido es misión exclusiva del Magistrado de Trabajo, quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio procederá a calificarlo en Derecho, sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda (...)” (STS de 28-10-1987).

4º) “(...) la doctrina expuesta trataba de pretensiones de nulidad sin improcedencia aparejada como petición subsidiaria. En este caso, lo único que solicita la parte es la

improcedencia, sin que en la demanda ni en la sentencia haya referencia alguna a una posible discriminación directa o indirecta de la actora por razón de su orientación (sic) sexual”.

5º “(...) El Tribunal Supremo tiene declarado que “en todo recurso no pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia” (STS de 4-10-2007 (rec. 5405/2005) (...) lo cual tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español”.

6º “El proceder a la calificación no pedida por el demandante de nulidad del despido supondría, no sólo alterar los términos del debate fijado por las partes al ratificar la demanda (...) introduciendo hechos nuevos que no fueron discutidos en el juicio (con infracción del art. 233 LJS) sino que además, desconocería la previsión del art. 178.2 LJS que para los casos en que la tutela de un derecho fundamental vulnerado debe realizarse necesariamente a través de las modalidades procesales a que se refiere el art. 184, en este caso, el despido, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal”.

7º “La clave es la interpretación de enfermedad grave, que el texto legal no concreta. No se trata de que se sumen periodos de baja médica por derivar de una misma patología, lo cual ha descartado doctrina reiterada del Tribunal Supremo (STS de 27-11-2008, rec. 2861/2007, entre otras) ya que ni siquiera llevando a cabo un cómputo consecutivo se superarían los 20 días a que se refiere la norma para el caso de (que la) baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales, para excluir ambas bajas médicas de los periodos de ausencia, sino de dejarlos fuera del mismo al requerir tratamiento médico por causa de enfermedad”.

8º “Para integrar el concepto se recurre a textos normativos (...) el RD 1148/2011, de 29 de julio (...) exige que el cáncer o enfermedad grave que padezca el menor implique un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considera asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave”.

9º “Ni la descripción que antecede ni la lectura de las enfermedades que lista el RD 1148/2011 permite asimilar a enfermedad grave el proceso de reasignación de sexo al que se sometió el recurrente. Ninguno de los dos requisitos antes indicados (trastorno depresivo y pólipo uterino) aparece como enfermedad grave en el anexo de la norma; tampoco el quirúrgico (postmastectomía radical y reconstrucción del pezón) que implica la reasignación de género. Tampoco consta hayan supuesto un ingreso hospitalario de larga duración con tratamiento continuado ni siquiera en el domicilio.

10º “La otra referencia normativa para el concepto (...) lo encontramos en el RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (que se refiere) a los supuestos en los que es posible recuperar los derechos consolidados (...) padecimiento de una enfermedad grave. (...) Se considera enfermedad grave a estos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes (...) a) cualquier dolencia o lesión que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un periodo continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor o tratamiento en un centro hospitalario; b) (...).

11º “Los supuestos anteriores tienen encaje en aquellos que el mismo art. 52 d) ET excluye (...) pero no permite extender el concepto a los diagnósticos que nos ocupan, ni por analogía al tratamiento seguido por el recurrente para reasignación de género, pues no consta la incapacitación para la ocupación o actividad habitual por un periodo mínimo continuado de tres meses (...).

12º “(...) deben valorarse las condiciones objetivas o subjetivas que concurren en cada caso concreto, especialmente la condición del paciente, edad, estado físico, riesgo para su vida, etc. No existe, pues, un concepto definido de enfermedad grave sino que en función de la trascendencia de la dolencia o enfermedad y en relación con las circunstancias anteriormente apuntadas, se podrá considerar como grave o no”.

13º “Es posible imaginar que una persona con disforia de género (...) padece física o psíquicamente, de ahí que se hayan cursado las bajas médicas que constan en la sentencia, pero sin una prueba documental o pericial que justifique que tales padecimientos o su tratamiento han supuesto consecuencias más perjudiciales que, con los que igual duración, son cursados por otros trabajadores, requiriendo hospitalización o cuidados especiales o intensivos aún en el propio domicilio, o implicando secuelas permanentes derivadas del tratamiento, no es posible llevar a cabo la aplicación analógica de la norma al caso”.

14º “Esta decisión se adopta teniendo en cuenta los datos fácticos acreditados (...) el hecho de que el tratamiento médico-quirúrgico al que se ha sometido el trabajador traiga causa de la disforia de género (...) no excluye por sí solo (...) la necesidad de que sean probadas las circunstancias que justifican la semejanza e identidad de razón entre la situación sufrida por el actor y la que excepciona la norma a efecto de cómputo de ausencias al trabajo (...). Para excluir los periodos de baja médica señalados hubiera sido necesario acreditar que la situación del trabajador era análoga a la que la norma excluye, esto es, al tratamiento médico por enfermedad grave (...).

IX. Comentario

El núcleo central de la fundamentación jurídica de la sentencia analizada radica en la falta de gravedad del proceso de reasignación de género o, más concretamente, de las enfermedades o patologías que se hacen constar en los diferentes partes de baja médica, A este argumento se añade, con un importante peso decisorio, la falta de acreditación por parte del trabajador recurrente de que el padecimiento o el tratamiento recibido han supuesto consecuencias análogas a las derivadas del tratamiento médico por enfermedad grave, anudando nuevamente la calificación de gravedad a la duración de las bajas. La prueba también podría haberse dirigido a probar que los padecimientos del trabajador o su tratamiento han supuesto consecuencias más perjudiciales que, con los que igual duración, son cursados por otros trabajadores, requiriendo hospitalización o cuidados especiales o intensivos aún en el propio domicilio.

Vaya por delante con carácter preliminar que la gravedad de una enfermedad puede calificarse en atención a una multiplicidad de factores: su carácter vital, su duración o permanencia, la intensidad del dolor que genera, su sintomatología, sus efectos sobre la capacidad laboral, entre otras, dependiendo de la finalidad de la norma otorgar mayor relevancia a uno u otro criterio. Además, existen enfermedades cuya sintomatología se materializa en patologías específicas, pero cuyo origen es único (a veces, desconocido), lo que no impide su configuración como una condición en sí misma: así ocurre, por ejemplo, con la fibromialgia, ya aceptada en el ámbito jurídico como enfermedad concreta que se manifiesta a través de múltiples patologías muy comunes e incluso normales o habituales en cualquier trabajador (dolor, cansancio, tristeza, abatimiento) pero que deben valorarse en su conjunto^[5]; y también ocurre algo similar con el dolor pélvico crónico, enfermedades que, desde la perspectiva sanitaria deben ser abordadas por especialistas en estas patologías al requerir un abordaje multidisciplinar propio. Por otro lado, la intervención quirúrgica o el internamiento hospitalario (o reposo domiciliario) son medidas de actuación que pueden ser necesarias en determinadas situaciones que no necesariamente implican una enfermedad o patología, en algunos casos reparadoras, y en otros con finalidad de estudio y diagnóstico.

El despido por absentismo ya se contemplaba en la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores (1980) y se mantuvo prácticamente en los mismos términos hasta

la(s) reforma(s) del año 2012. Al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero se debe la supresión del índice de absentismo de la empresa como módulo relevante en el que proyectar el absentismo del trabajador y a la Ley 3/2012, de 6 de julio, resultado de la tramitación parlamentaria del citado Real Decreto-Ley, la inclusión entre las ausencias no computables de las debidas a “cáncer u otra enfermedad grave”. El origen de esta excepción se encuentra en una enmienda del Grupo Popular en el Congreso (nº 649) justificada en la “mejora técnica para evitar despidos por razones de ausencia justificada al trabajo en atención a un tratamiento médico o por razón de un periodo muy concreto en que se pueda producir algún problema puntual de salud”. No fue la única enmienda: también el Grupo Catalán (CiU) propuso una enmienda (nº 392) de contenido prácticamente idéntico añadiendo, además de esas enfermedades, “la enfermedad crónica diagnosticada por los servicios sanitarios oficiales”.

El recordatorio de su origen no es baladí. La STSJ de Canarias ha recurrido a la analogía como sistema de integración de lagunas cuando hubiera bastado con acudir a los criterios hermenéuticos del art. 3.1 Código Civil para la interpretación del concepto de “enfermedad grave”: el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Vaya por delante que resulta muy criticable que el legislador no definiera el alcance del concepto, dada la trascendencia de sus efectos, papel que tampoco ha asumido la negociación colectiva, con la salvedad de la desarrollada en el ámbito público^[6]. La finalidad de las normas a las que ha recurrido la sentencia comentada está muy lejos del propósito de la norma integrada. Puestos a buscar normas laborales para su aplicación analógica, existían otras opciones, incluso en el ámbito de la incapacidad temporal -y también vinculadas a la corrección del absentismo- susceptibles de aplicación. Cabe recordar ahora, por ejemplo, que el Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio, de medidas presupuestarias urgentes responsabilizó al empresario de la prestación económica derivada de enfermedad durante los doce primeros días de la baja como medida tendencialmente dirigida a la reducción del absentismo (junto a la reducción del gasto público), previsión que continúa vigente en el TRLGSS (2015). Esta previsión se justificó en su momento como forma de implicar al empresario en la lucha contra el absentismo en las enfermedades de “corta duración”. En fechas más recientes (RDL 20/2012, de 13 de julio)^[7], y también en el marco del compromiso de reducir el absentismo laboral, el legislador prohibió en las administraciones públicas el abono a sus empleados de complementos económicos de incapacidad temporal, habilitándolas para determinar, respecto de su personal, los supuestos en los que, de forma excepcional y debidamente justificada, podría establecer complementos, considerando expresamente como tales la intervención quirúrgica y la hospitalización.

El contexto y la realidad social también abundaban en una interpretación de la excepción prevista en sentido favorable a los intereses del trabajador. Más allá de que la actuación procesal del actor es, sin duda, mejorable -petición subsidiaria *ad cautelam* de nulidad, alegación de vulneración de derechos fundamentales (libre desarrollo de la personalidad; discriminación) y consiguiente intervención procesal del Ministerio Fiscal-, la revisión de los hechos probados dirigida a relacionar directamente las diferentes bajas con la “disforia de género” y el proceso de reasignación sexual (aceptada por el Tribunal) permite situar las bajas en el marco de un *continuum*, de un proceso quirúrgico sanitario (que no patológico) con repercusiones puntuales en la capacidad laboral del trabajador, que debe valorarse globalmente y que, desde luego, como señala la parte recurrente, es de carácter severo pues comporta un tratamiento hormonal y quirúrgico con gran repercusión sobre su salud (física y psíquica).

Probablemente, la baja médica motivada por la extirpación mamaria de una persona enferma de cáncer de pecho o por las complicaciones derivadas de dicha intervención hubieran sido reconducidas a la excepción referida a dicha enfermedad, con independencia de su duración e incluso de la gravedad de la eventual molestia postoperatoria (que incluso podría ser la misma dermatitis reactiva sufrida por el trabajador recurrente o un cuadro depresivo). Exigir al actor pruebas (documentales o testificales) adicionales (y en términos comparativos en relación a otros trabajadores)

al informe médico ya aportado al que el TSJ Canarias ha dotado de virtualidad para la revisión de los hechos probados supone una carga procesal adicional no justificada, e incluso vejatoria, al obligar al trabajador a una exposición pública de lo más íntimo de su personalidad o, lo que quizá es peor, dejar en manos de terceros la definición de su identidad de género.

Además, el propio TSJ Canarias hace referencia expresa a la necesidad de valorar las condiciones (objetivas y subjetivas) concurrentes en cada caso, dado el grado de discrecionalidad que implica la calificación de la enfermedad. En este caso, no se han valorado esas circunstancias: el número de bajas del trabajador desde que inició su prestación de servicios para la empresa; cuándo ha tenido lugar el proceso quirúrgico de la mastectomía, cuestión que para nada se menciona en la sentencia; la especial situación de vulnerabilidad de los trabajadores transexuales, con bajísimas tasas de inserción laboral; la existencia de una normativa específica^[8] en el ámbito canario para facilitar medidas de promoción del empleo de las personas transexuales y que consagra el derecho a la no discriminación en el trabajo con expresa referencia a la extinción del contrato, por el hecho de ser hombre o mujer transexual, o de poseer y manifestar la propia identidad de género. La (inexplicable) falta de alegación de la concurrencia de discriminación por la parte actora no impedía al Tribunal valorar esas condiciones concurrentes.

X. Apunte final

La disforia de género no es sinónimo de transexualidad. La transexualidad es la falta de coincidencia entre el sexo asignado en el nacimiento -que se determina por los genitales externos- y la identidad sexual sentida como propia. Cuando esta disconformidad genera malestar cabe hablar de “disforia”, que suele derivar de factores externos, como la falta de apoyo familiar o social. El diagnóstico de “disforia de género” -que se exige todavía en el ámbito de la sanidad pública para acceder a los tratamientos médicos (hormonales y quirúrgicos) parte de una concepción patologizadora de aquellas identidades sexuales diversas, distintas a la cissexual. La discordancia de género -definición más adecuada- no es una enfermedad mental y así lo ha reconocido recientemente la OMS que, en su nueva clasificación de enfermedades (CIE-11) la considera como una condición relacionada con la salud sexual, considerando que las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas la base para asignar los diagnósticos en este grupo (17). Aunque no cabe alegar en estos casos la jurisprudencia antes referida en relación a la discriminación por discapacidad, hay que recordar que, aunque escasa, existe jurisprudencia que ha tutelado desde el ámbito comunitario los derechos de los trabajadores transexuales en el ámbito del contrato de trabajo y también en el ámbito de la Seguridad Social^[9]. Con todo, en aras a la seguridad jurídica es necesario que sea el legislador el que defina expresamente el concepto de enfermedad grave dados los importantes efectos que se derivan de la aplicación del art. 52 d) ET y su creciente litigiosidad. Además, es preciso que este precepto excluya expresamente del cómputo las faltas de asistencia ocasionadas por el proceso de transición^[10] en tanto se relaciona con el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), derechos que se sitúan en un nivel superior de protección a la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) en los que se justifica el art. 52 d) ET.

Por otro lado, es necesario poner de manifiesto la falta de rigurosidad de la sentencia en el uso del lenguaje LGTBIQ. La orientación sexual no es sinónimo, ni se identifica con la identidad sexual y como ya se ha señalado, el concepto de disforia de sexo parte de una patologización de la transexualidad ya abandonada; sería conveniente un conocimiento más actualizado de la realidad de la discordancia de género por parte de todos los poderes del Estado en aras a la normalización de la diversidad sexual.

Referencias:

1. ^ A modo meramente ejemplificativo baste ahora recordar la siguiente afirmación de la STC 118/2019, de 16 de octubre: “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. Se han ponderado los derechos e intereses en conflicto, especialmente a través de las señaladas excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato así como mediante el establecimiento de la correspondiente indemnización (...)”. También en jurisdicción ordinaria existe abundante doctrina judicial. Vid. entre otras, STSJ Canarias (Las Palmas) de 11-11-2015 (rec. 917/2015) en relación a un despido por absentismo de un trabajador cuyas ausencias se deben a efectos secundario de su esquizofrenia; y STSJ Castilla-La Mancha de 10-4-2019 (rec. 664/2018), en relación a un trabajador discapacitado. Sobre esta última vid, ROMERO RÓDENAS, M^a J., “Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por faltas de asistencias justificadas: cese que constituye despido nulo: discriminación indirecta por motivos de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019
2. ^ STS de 28-10-1987 ; STS de 20-12-1989; STS de 19-6-1990; STS de 23-3-2005 (rec. 25/2004).
3. ^ STS de 4-10-2007 (rec. 5405/2005).
4. ^ STS de 27-11-2008 (rec. 2861). Vid. sobre este tema, ALZAGA RUÍZ, I., “El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011 y doctrina y jurisprudencia citada.
5. ^ Sobre el particular, vid. recientemente, STSJ Castilla y León (Burgos) de 22-2-2019 (rec. 22/2019). Vid. un comentario en DEL MAR LÓPEZ INSUA, M^a B. y MONEREO PÉREZ, J.L., “Secuelas irreversibles y declaración de incapacidad permanente absoluta en caso de fibromialgia: especial referencia a la finalidad del recurso de suplicación para la revisión de los hechos probados”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2019.
6. ^ Vid. AA.VV (Dir: García Blasco, J.; Coord. Vila Tierno, F.) “La negociación colectiva en el sector público”, Madrid (CCNCC), 2019.
7. ^ La D.A.54^a Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado para 2018 remite a la negociación colectiva el establecimiento de los complementos. La D.T.7^a de la misma norma dispone la aplicación transitoria del art. 9 RDL 20/2012 hasta tanto se determinen los complementos conforme a lo previsto en la D.A.54^a.
8. ^ Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.
9. ^ STUE de 30-4-1996, Asunto S. contra P. y Cornwall (C-13/94); STJUE de 7-1-2004, Asunto K.B, (C-117/01), STJUE de 27-4-2006, Asunto Richards (C-423-04); STJUE de 26-7-2018, Asunto M.B (C-451/16). Vid. comentario sobre estas sentencias, VICENTE PALACIO, A., “Transexualidad y contrato de trabajo. Breves consideraciones a propósito de la STJCE de 30-4-1996,

Tribuna Social, núm. 67, 1996; VICENTE PALACIO, A.; VICENTE PALACIO, A., “sexo y género en el ámbito comunitario (Por un ordenamiento jurídico “de-generador”) (Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de julio de 2018, Asunto M.B)”, *Revista Gallega de Derecho Social*, núm. 7, 2018.

10. ^ En este mismo sentido, entre otras medidas, se recoge en la *Proposición de Ley 122/000191 (Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género)*, presentada por el *Grupo Parlamentario Confederal de Izquierda Unida-Podemos-En comú Podem-En marea (Boletín Oficial de las Cortes Generales, num. 220-1, 2 de marzo de 2018)*.