

**CUAL CID CAMPEADOR, LA ANTIGUA CAUSA DE DESPIDO POR
ABSENTISMO SIGUE GANANDO BATALLAS DESPUÉS DE SU
DEROGACIÓN: LA STS DE 29 DE MARZO DE 2022 PROCLAMA SU
ADECUACIÓN A LA NORMATIVA INTERNACIONAL¹**

Josep Moreno Gené²

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de Lleida

Abstract

Días antes de la derogación del artículo 52 d) ET, se dictó la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 que concluía que dicho precepto era contrario a diferentes normas internacionales, en particular, al artículo 6.1 del Convenio nº 158 OIT, a los artículos 4.1 y 5 del Convenio nº 155 OIT, al artículo 3 de la Carta Social Europea y, finalmente, al artículo 11 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y, por tanto, no resultaba de aplicación al supuesto enjuiciado. La STSJ de Cataluña fue confirmada posteriormente por la STS de 29 de marzo de 2022, permitiendo que la antigua causa de despido por absentismo del trabajador prevista en el artículo 52 d) ET haya salido indemne de este embate jurídico. En este estudio se analizan los argumentos invocados por la mencionada STSJ de Cataluña para inaplicar el artículo 52 d) ET, así como aquellos que han llevado al Tribunal Supremo a casar dicha resolución.

Days before the repeal of article 52 d) ET, the STSJ of Catalonia was issued on January 17, 2020, which concluded that said precept was contrary to different international standards, in particular, article 6.1 of Convention no. 158 ILO, to articles 4.1 and 5 of Convention no. 155 ILO, to article 3 of the European Social Charter and, finally, to article 11 Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, made in New York on December 18, 1979 and, therefore, was not applicable to the alleged defendant. The subsequent STS of March 29, 2022 confirmed the aforementioned STSJ of Catalonia, allowing that the old cause of dismissal due to absenteeism of the worker provided for in article 52 d) ET has emerged unscathed from this attack. This study analyzes the arguments invoked by the mentioned STSJ of Catalonia to disapply article 52 d) ET, as well as those who have led the Supreme Court to nullify said resolution.

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades que lleva por título “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar”.

² El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Cataluña “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

Title: Like Cid Campeador, the old cause of dismissal due to absenteeism continues to win battles after its repeal: the STS of march 29, 2022 proclaims its adaptation to international regulations

Palabras clave: despido, ausencias al trabajo, control de convencionalidad, derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho a la igualdad

Keywords: dismissal, absences from work, conventionality control, right to work, right to health, right to equality

IUSLabor 2/2022, ISSN 1699-2938, p. 190-225

DOI. 10.31009/IUSLabor.2022.i02.06

Fecha envío: 5.5.2022 | Fecha aceptación: 5.6.2022

Sumario

1. La inusitada capacidad de resistencia de la antigua causa de despido por absentismo del artículo 52 d) ET
2. El recurso al juicio de convencionalidad como vía de inaplicación del artículo 52 d) ET en la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020
3. La adecuación del artículo 52 d) ET a la normativa internacional declarada por la STS de 29 de marzo de 2022
4. Valoración y alcance de la STS de 29 de marzo de 2022
5. Bibliografía

1. La inusitada capacidad de resistencia de la antigua causa de despido por absentismo del artículo 52 d) ET

La modificación del despido por absentismo del trabajador a la sazón previsto en el artículo 52 d) ET que llevó a cabo la reforma laboral de 2012 enseguida levantó fuertes críticas en un amplio sector de la doctrina, que tras mantener que “*el nuevo artículo 52 d) ET permite el despido del trabajador por enfermedad justificada por los servicios médicos salvo que la enfermedad sea de larga duración*” y que “*la finalidad de la norma es clara, establecer un principio de sospecha sobre la morbilidad de corta duración, y otorgar la amenaza del despido como forma de conseguir que el trabajador y la trabajadora acudan enfermos al trabajo y no hagan uso de la asistencia sanitaria a la que tienen derecho*”, concluía que “*es evidente la contradicción de este precepto con el artículo 6 del Convenio n° 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (en adelante, Convenio n° 158 OIT), y asimismo su contraste con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles*”³.

Asimismo, también se consideró que el nuevo diseño del artículo 52 d) ET vulneraba el derecho al trabajo contemplado en el artículo 35.1 CE, cuyo contenido esencial y, en especial, en lo que respecta al derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa, debe ser respetado por el legislador al diseñar o reformar el régimen jurídico de cualquier causa de despido y, por tanto, también la del despido por ausencias al trabajo del trabajador contemplada en el citado precepto estatutario.

Finalmente, también se cuestionó si la extinción del contrato de trabajo en base a ausencias motivadas por bajas por enfermedad del trabajador podía constituir una causa de discriminación de las prohibidas por el artículo 14 CE. A tal efecto, se planteaba si la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral debería ser considerado con carácter general un factor de discriminación incardinable en el artículo 14 CE y no únicamente cuando concurre un excepcional elemento segregacionista, debido a la situación de debilidad o vulnerabilidad –física, pero también jurídica-, que esta situación le provoca⁴. Estas dudas alcanzaban su máxima expresión en

³ Vid. BAYLOS GRAU, Antonio, “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, n° 57, 2012, p. 13.

⁴ Vid. MORENO GENÉ, Josep, “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección Social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Pamplona, 2014.

aquellos supuestos en que se tratara de ausencias motivadas por enfermedades crónicas o de larga duración las que justificaran la extinción del contrato vía artículo 52 d) ET⁵.

En este contexto de críticas a la causa de despido por absentismo del trabajador recogida en el entonces vigente artículo 52 d) ET, llama especialmente la atención que, en muy pocas ocasiones, una norma jurídica ha sido tan atacada desde diferentes frentes como había sucedido con el artículo 52 d) ET y, al mismo tiempo, ha mostrado semejante capacidad de supervivencia. A tal efecto, desde que esta causa de despido por causas objetivas fuera modificada por la reforma laboral de 2012, la misma fue impugnada por considerarse contraria a la normativa internacional, en particular, a lo previsto por el Convenio nº 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (en adelante, Convenio nº 158 OIT), a la normativa comunitaria, en concreto, a lo establecido por 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 (en adelante Directiva 2000/78/CE), y al propio texto constitucional –derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), a la integridad física (artículo 15 CE), a la salud (artículo 40.2 CE) y al trabajo (artículo 35.1 CE)-. Pues bien, el artículo 52 d) ET siempre ha salido más o menos airoso de todos y cada uno de estos embates jurídicos.

Por todo ello, tras ponerse en evidencia por los tribunales –Tribunal Constitucional y tribunales laborales- que las normas constitucionales, internacionales y comunitarias no servían para salvaguardar a los trabajadores enfermos del riesgo de extinción de sus contratos por las ausencias al trabajo motivadas precisamente por su estado de enfermedad, resultaba del todo imprescindible una intervención del legislador en esta materia que impidiera de un modo expreso el despido por causas objetivas de un trabajador en base, precisamente, a aquellas ausencias al trabajo debidas a enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja correspondiente hubiera sido acordada por los servicios oficiales con independencia de la duración de las mismas⁶.

⁵ Vid. MORENO GENÉ, Josep, “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9 y 10, 2014.

⁶ Esta ha sido la reacción generalizada a la sentencia del Tribunal Constitucional por parte de los comentaristas de la misma. A título de ejemplo, vid. GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel, “La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 441, p. 182, MONEREO PÉREZ, José Luís y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE, 20 de enero)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 21, 2019 y MORENO GENÉ, Josep, “La extinción del contrato por absentismo: productividad versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020.

En este contexto, el Gobierno procedió a atender todas estas demandas y con una sorprendente celeridad y contundencia derogó el artículo 52 d) ET mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, Real Decreto-Ley 4/2020). A tal efecto, dicha norma, tras un extenso preámbulo, en su artículo único, establecía que “*Queda derogado el apartado d) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre*”.

Sin embargo, pocos días antes de la derogación del artículo 52 d) ET, se dictó la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 (nº rec. 5532/2019), la cual, revocando la sentencia dictada en instancia, concluía que el artículo 52 d) ET era contrario a diferentes normas internacionales, en particular, al artículo 6.1 del Convenio nº 158 OIT, a los artículos 4.1 y 5 del Convenio nº 155 OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores (en adelante, Convenio nº 155 OIT), al artículo 3 de la Carta Social Europea y, finalmente, al artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (en adelante, CEDAW), y, por tanto, no resultaba de aplicación al supuesto enjuiciado, en la medida en que, conforme al artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, (en adelante, Ley 25/2014), las normas convencionales deben prevalecer sobre el artículo 52 d) ET en caso de conflicto⁷.

Aunque la posterior derogación del despido por absentismo del trabajador regulado en el artículo 52 d) ET quitó cierta trascendencia a los efectos prácticos que la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 podría haber tenido en un contexto diferente, no cabe duda que se trataba de una resolución judicial de gran relevancia práctica, no en vano, el juicio de convencionalidad que dicho tribunal llevaba a cabo de la norma interna, en este caso, del artículo 52 d) ET, en relación con los Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado Español que, a la sazón, permitió inaplicar esta norma al supuesto

⁷ Vid. un comentario de esta sentencia en CIALTÍ, Pierre Henri, “El despido del artículo 52 d) no supera(ba) el control de convencionalidad”, *Temas Laborales*, nº 152, 2020, FORCADELL ESCOUFFIER, Albert y NAVARRO DÍAZ, Christian, “Compatibilidad del control de convencionalidad con la superación del control de constitucionalidad. Comentario a la STSJ Cataluña de 17 de enero de 2020, que declara la inaplicabilidad del artículo 52 d) ET durante el periodo de vigencia anterior a su derogación”, *IUSLabor*, nº 1, 2020 y MORENO GENÉ, Josep, “La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador: STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020”, *Temas Laborales*, nº 152, 2020.

enjuiciado, podía extenderse en el futuro a otros muchos supuestos que también plantean dudas de compatibilidad entre la norma interna y la internacional⁸.

La posterior STS de 29 de marzo de 2022 (nº rec. 2142/2020), sin embargo, ha venido a enfriar estas expectativas al casar y anular la referida STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, permitiendo, una vez más, que la antigua causa de despido por absentismo del trabajador prevista en el artículo 52 d) ET haya salido indemne de este nuevo embate jurídico y, cual Cid Campeador, como ya sucediera con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2021 (caso Gloria Raventós Martínez V. Spain)⁹, haya vencido una nueva batalla tras su definitiva derogación. Precisamente, en este estudio se pretenden analizar los argumentos invocados por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 para inaplicar el artículo 52 d) ET, así como aquellos que han llevado al Tribunal Supremo a casar dicha resolución judicial.

2. El recurso al juicio de convencionalidad como vía de inaplicación del artículo 52 d) ET en la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020

Aunque en el recurso de suplicación resuelto por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 la parte recurrente centraba su argumentación en combatir el cómputo que la empresa en un primer momento y el magistrado de instancia después, habían efectuado de las diferentes ausencias al trabajo de la trabajadora para justificar su despido por causas objetivas en base al artículo 52 d) ET, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con carácter previo al análisis de esta cuestión, centró su análisis en determinar si dicho precepto resultaba aplicable al supuesto enjuiciado, puesto que de no ser aplicable dicha norma, el recurso debería ser estimado, por haberse basado el despido en una causa no aplicable al supuesto de hecho en cuestión.

En este punto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recuerda que, si se considerara que la norma legal aplicable, en este caso, el artículo 52 d) ET, pudiera resultar contraria a la Constitución, lo que correspondería sería plantear una cuestión de inconstitucionalidad. A tal efecto, este juicio de constitucionalidad es precisamente el que ya había efectuado la STC 118/2019, de 16 de octubre, que había venido a declarar la constitucionalidad de dicho precepto, en relación con los derechos a la integridad física

⁸ A tal efecto, MIÑARRO YANINI, Margarita y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de “reformas” y “maquillados”: ¿una conmemoración con sabor a despedida?”, *Revista de Trabajo y Seguridad. CEF*, nº 444, 2020, p. 9, constatan respecto a esta resolución judicial que “no creo que sea una gota de innovación (o esnobismo interpretativo) en un océano de tradicionalismo hermenéutico, sino que simbolizará más bien la punta de un nuevo iceberg interpretativo”.

⁹ Un comentario de esta resolución judicial en VELA DÍAZ, Raquel, “La primacía del despido por absentismo laboral sobre la enfermedad bajo prisma del TEDH”, *Trabajo y Derecho*, nº 81, 2021.

y moral (artículo 15 CE), a la protección de la salud (artículo 43 CE) y al trabajo (artículo 35.1 CE).

Pese a tratarse de una norma acorde con la Constitución Española, según el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aún cabría la posibilidad de que el artículo 52 d) ET fuera contrario al principio de jerarquía normativa, por oponerse dicha norma a lo preceptuado por los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España. A tal efecto, recuerda dicho Tribunal que la jerarquía normativa superior del Tratado o Convenio internacional sobre la ley se reconoce por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (en adelante, Convención de Viena), cuyo artículo 27 indica que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

Por si ello fuera poco, el artículo 31 de la Ley 25/2014 establece la prevalencia de los tratados al establecer que *“las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”*.

Partiendo de estas premisas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que el artículo 52 d) ET, aplicado al supuesto enjuiciado, *a priori*, puede presentar conflicto con diferentes normas con rango de Tratado o Convenio, según la interpretación que de las mismas hacen los órganos internacionales especializados y consagrados por cada uno de dichos Tratados o Convenios y que clasifica u ordena en atención a los derechos que se recogen en dichas normas: a) derecho a no ser despedido sin justa causa; b) derecho a la prevención de riesgos laborales y, finalmente, c) perspectiva de género.

En relación con la posible vulneración por parte del artículo 52 d) ET del derecho a no ser despedido sin justa causa, considera el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que el contenido de dicho derecho, recogido en el artículo 6.1 del Convenio nº 158 OIT, ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el artículo 35.1 CE. A tal efecto, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recuerda que, a nivel constitucional, el derecho al trabajo, en su vertiente individual (artículo 35.1 CE), se concreta *“en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio y 192/2003, de 27 de octubre); así como en la existencia de una “reacción adecuada” contra el despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se defiende al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero y STC 119/2014, de 16 de julio)”*.

Por el contrario, recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que el artículo 6.1 del Convenio nº 158 OIT refuerza este derecho a no ser despedido sin justa causa con una protección suplementaria, consistente en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo motivada por enfermedad.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sin embargo, es consciente que el artículo 6.2 del Convenio nº 158 OIT dota a los Estados de un cierto margen de apreciación para definir qué es una ausencia temporal, las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 de dicho precepto y la medida en que se exigirá un certificado médico. Pero, a criterio del citado Tribunal, las limitaciones de la prohibición del despido por causa de ausencias temporales por razón de enfermedad no pueden dejar sin efecto dicha prohibición, pues no serían entonces limitaciones sino derogaciones. El Tribunal apoya esta apreciación en el informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, según el cual, si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor. En definitiva, concluye el Tribunal afirmando que el margen de apreciación de los Estados para establecer limitaciones que se prevén en el artículo 6.2 del Convenio nº 158 OIT termina ahí donde dichas limitaciones hacen irreconocible el derecho por privarle de su objetivo.

Bajo estas premisas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que *“el despido por ausencias intermitentes del trabajo por enfermedad, que pueden deberse a enfermedades contagiosas (gripe y otros procesos víricos), o patologías crónicas (lumbalgias crónicas, patologías que cursas a brotes, como epilepsias u otras similares), desprotege el empleo de las personas trabajadoras en un momento en que se encuentran en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones por razones de fuerza mayor”*. En consecuencia, para el Tribunal, *“no puede sostenerse que el artículo 52 d) ET sea una limitación del derecho a no ser despedido por ausencias temporales derivadas de enfermedad, sino que supone un desconocimiento de dicho derecho por incompatibilidad de dicha causa de despido con la finalidad que pretende la norma”*.

En apoyo de esta misma conclusión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también invoca el artículo 24 de la Carta Social Europea, según el cual, no se considera como justa causa del despido, la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente. Recuerda además el Tribunal que, a diferencia de lo expuesto en relación con el Convenio nº 158 OIT, dicho precepto no admite limitaciones, por lo que garantiza un estándar de protección aún más elevado.

Aunque el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña reconoce que dicha previsión se contempla en la Carta Social Europea revisada de 3 de mayo de 1996, que en aquel momento aún no había sido ratificada por España, mantiene que igualmente debe constituir un criterio hermenéutico para perfilar el contenido y el alcance del derecho a no ser despedido por ausencias temporales del trabajo por motivos de enfermedad, máxime cuando dicha Carta Social Europea revisada ha sido ya firmada por España.

En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña concluye que una interpretación de buena fe del artículo 6 del Convenio nº 158 OIT es incompatible con una interpretación que lleve a entender la excepción, consistente en la posibilidad de imponer límites a la prohibición del despido por ausencias del trabajo derivadas de enfermedad, como regla, dejando sin efecto la regla general de prohibición del despido por ausencias derivadas de enfermedad, cuando el Estado, además, ya ha suscrito un convenio con un nivel superior de protección, en concreto, la Carta Social Europea Revisada.

Todo ello lleva al Tribunal a considerar que el artículo 52 d) ET es contrario al artículo 6.1 del Convenio nº 158 OIT.

En relación con la posible vulneración del derecho a la prevención de riesgos laborales, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recuerda que existen diferentes Tratados internacionales ratificados por España sobre esta materia que garantizan una protección superior a la ofrecida constitucionalmente por el principio rector del artículo 40.2 CE, cuya infracción el Tribunal Constitucional ha descartado en relación con los artículos 15 y 43 CE.

A tal efecto, el Tribunal recuerda que el artículo 4.1 del Convenio nº 155 OIT establece la obligación de todo Estado Miembro de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo. A lo que cabe añadir lo previsto en el apartado segundo de dicho precepto, en virtud del cual, 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.

A partir de esta previsión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña llama la atención sobre el hecho de que esta obligación convencional de prevención no se ciñe a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la salud, vida o integridad física, como sucede con la tutela constitucional, sino que la tutela convencional se extiende a todo tipo

de riesgos, sin que dicha obligación sea compatible con la imposición a los trabajadores que sufren enfermedades que provocan ausencias intermitentes que les incapacitan para el trabajo, de la obligación de acudir al trabajo, so pena de despido.

En este contexto, el Tribunal constata que, en el nivel de protección convencional, “*es obvio que el “presentismo” que pretende incentivar el artículo 52 d) ET como medio para la defensa de la productividad, puede suponer un riesgo de que personas que están enfermas acudan al trabajo para evitar su despido*”. En primer lugar, supone un riesgo para la salud de la persona trabajadora que, ante las altas tasas de desempleo existentes, hará lo posible para evitar la pérdida de su trabajo. En segundo lugar, no cabe duda que el hecho de que una persona impedida para el trabajo acuda a trabajar supone un riesgo no solo para esta persona, sino también para terceros. A tal efecto, recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que este riesgo, en caso de trabajos de riesgo o enfermedades contagiosas, no sólo afecta a las personas que deciden acudir a su trabajo, sino también a sus compañeros de trabajo, que ni siquiera habiéndose ausentado un solo día de trabajo, asumen el riesgo de contagio en aras a la defensa de la productividad.

A mayor abundamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recuerda que el Comité Europeo de Derechos Sociales, al interpretar del artículo 3 de la Carta Social Europea, en este caso, sí ratificada por España, ha establecido que “*la obligación principal del Estado parte en virtud del artículo 3 es garantizar el derecho a los más altos estándares posibles de seguridad y salud en el trabajo*”. Esta obligación implica dictar normas de seguridad y salud en el trabajo que garanticen la prevención y protección en el lugar de trabajo contra los riesgos reconocidos por la comunidad científica y regulados a nivel comunitario e internacional.

En definitiva, concluye el Tribunal que el artículo 4 del Convenio nº 155 OIT sitúa el nivel de obligación del estado en reducir al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo, a lo cual, no cabe duda que se opone el hecho de considerar como justa causa de despido las ausencias intermitentes al trabajo derivadas de enfermedad o accidente no laboral.

Todo ello lleva al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a considerar que el artículo 52 d) ET es contrario a los artículos 4.1 y 5 del Convenio nº 155 OIT y al artículo 3 de la Carta Social Europea.

Finalmente, por lo que respecta a la posible vulneración que puede suponer el artículo 52 d) ET de la perspectiva de género, en su vertiente antidiscriminatoria, el Tribunal recuerda que la incorporación del control de convencionalidad de la perspectiva de género viene exigida por el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva

de mujeres y hombres (en adelante, Ley Orgánica 3/2007), en virtud del cual, *“la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*.

A partir de estas premisas y tras constatarse mediante datos estadísticos un mayor impacto en las mujeres que en los hombres de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pone de manifiesto que *“nos hallamos ante una disposición, el art 52 d) ET, que, si bien es aparentemente neutra, pone a personas de sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres”*.

De todo lo expuesto, el Tribunal concluye que el artículo 52 d) ET constituye una infracción del artículo 11 de la CEDAW, *“por cuanto se produce una discriminación indirecta por razón de género en la garantía de los derechos a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicios; el derecho a la seguridad social, en particular en casos de incapacidad para trabajar y, en fin, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras, que dadas las mayores tasas de desempleo entre su colectivo, se ven lógicamente más afectadas por el precepto en cuestión”*.

En definitiva, de conformidad con el control de convencionalidad del artículo 52 d) ET efectuado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se concluye que dicha norma es inaplicable al supuesto enjuiciado, por cuanto que las normas convencionales expuestas deben prevalecer sobre lo dispuesto por dicho precepto. Y, en consecuencia, no resultando aplicable el artículo 52 d) ET al supuesto enjuiciado, el despido efectuado por la empresa en base a dicho precepto constituye un despido sin causa legal que lo ampare y, por tanto, el mismo debe ser declarado como improcedente, con los efectos que de dicha declaración se derivan.

3. La adecuación del artículo 52 d) ET a la normativa internacional declarada por la STS de 29 de marzo de 2022

Tras considerar que el recurso de casación planteado cumple con el requisito de la contradicción, puesto que la sentencia de contraste invocada, es decir, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 (nº rec. 1190/2013), había declarado la procedencia de un despido objetivo por ausencias justificadas, al considerar que el artículo 52 d) ET no contradecía lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 158 OIT, mientras que la sentencia

ahora recurrida había declarado la improcedencia de dicho despido, entre otros motivos, por considerar que sí existía esta contradicción de la norma interna respecto a dicha normativa internacional, el Tribunal Supremo procede a exponer toda la normativa interna e internacional de aplicación al caso, a saber, los convenios de la OIT, en especial, el artículo 6 del Convenio 158 OIT, la Carta Social Europea, la CEDAW y el propio artículo 52 d) ET, así como diferentes resoluciones judiciales nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, muy especialmente, la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre.

Llegados a este punto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no cuestiona en ningún momento la capacidad de la jurisdicción ordinaria de efectuar un control de la convencionalidad de la causa de despido por absentismo recogida en aquel momento en el artículo 52 d) ET, citándose al efecto, las SSTC 49/1988, de 22 de marzo, 140/2018, de 20 de diciembre y 120/2021, de 31 de mayo. Para el Alto Tribunal, además, no obstaculiza dicha conclusión el hecho de que el artículo 52 d) ET fuera posteriormente derogado, por cuanto que la derogación de este precepto no lo fue con efectos retroactivos.

Entrando ya en su propio control de convencionalidad del artículo 52 d) ET, el Tribunal Supremo efectúa un recordatorio que ya permite vislumbrar cuál será la resolución a la cuestión planteada, puesto que indica que la causa de extinción del contrato por absentismo se había regulado en términos más o menos semejantes desde el año 1980 y que, durante el periplo temporal de esta causa de despido, en el año 1985, España había ratificado los Convenios 155 y 158 de la OIT. Pues bien, el Alto Tribunal constata que, desde la ratificación de dichos convenios, reiterados pronunciamientos del propio Tribunal ya habían resuelto recursos de casación aplicando esta norma, habiéndose declarado la procedencia de despidos objetivos por absentismo, sin que, a su criterio, en cumplimiento del control de convencionalidad, al seleccionar la norma aplicable, se hubiera considerado que el artículo 52 d) ET fuera contradictorio con los Tratados Internacionales ratificados por España. A título de ejemplo, se citan las más recientes SSTS de 19 de marzo de 2018 (nº rec. 10/2016), de 23 de junio de 2020 (nº rec. 233/2018) y de 17 de septiembre de 2020 (nº rec. 2112/2018).

A partir de estas premisas, el Tribunal Supremo procede a desmontar uno por uno los diferentes argumentos que habían llevado al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a inaplicar el artículo 52 d) ET de conformidad con el control de convencionalidad efectuado.

En primer lugar, se analiza si el artículo 52 d) ET era contrario al artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT. En este punto, el Alto Tribunal acude al Informe del Comité de Expertos

en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que había examinado la reclamación presentada por los sindicatos CCOO y UGT, en la que, entre otras cuestiones, se consideraba que la regulación del despido por absentismo del trabajador vulneraba los artículos 4 y 6.1 del Convenio 158 OIT. En este punto, se transcribe el apartado de dicho informe en el que se indica que “*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 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 nº 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1”*”.

El Tribunal Supremo también acude en este punto a la STC 118/2019 que concluía que el artículo 52 d) ET no era contradictorio con el artículo 6.1 del Convenio 158 OIT, declaración que la STSJ de Cataluña, ahora impugnada en casación, había descartado por considerar que se trataba de un mero *obiter dictum* no vinculante, dado que el control de convencionalidad corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Frente a ello, el Alto Tribunal, recuerda que, si bien la STC 140/2018 había declarado la competencia del juez ordinario para resolver los problemas de contradicción de las leyes con los tratados, introducía una precisión, según la cual, el Tribunal Constitucional puede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios para garantizar que no incurren en error. En consecuencia, mantiene el Tribunal Supremo que la atribución a la jurisdicción ordinaria del control de convencionalidad no comporta que el Tribunal Constitucional no pueda examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional, vinculando su decisión a todos los jueces y tribunales.

Pues bien, en este punto, el Tribunal Supremo considera que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 118/2019, ya se había pronunciado expresamente en el sentido de que el artículo 52 d) ET no era contradictorio con el artículo 6.1 del Convenio 158 OIT, sin que dicho pronunciamiento a su criterio pueda ser considerado un mero *obiter dictum*.

A partir de la STC 118/2019 y del Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, el Tribunal Supremo concluye que el despido por absentismo a la sazón regulado en el artículo 52 d) ET no era contradictorio con el artículo 6 del Convenio de la OIT. A tal efecto, mantiene que dicho 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 motivos de enfermedad o lesión constituya una causa justificativa de terminación de la relación de trabajo”.

En este punto, el Alto Tribunal constata que el apartado 2 del artículo 6 del Convenio 158 de la OIT limita sustancialmente el alcance de esta norma y de las garantías derivadas de ella, lo que permitiría la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento del artículo 52 d) ET. A tal efecto, el Tribunal diferencia las siguientes previsiones: a) el artículo 4 del Convenio 158 OIT, que establece una regla general, según la cual, no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificativa relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio; b) La concreción de dicha regla general se encuentra en los artículos 5 y 6 del Convenio 158 OIT, de modo que, el primero de ellos menciona los cinco supuestos que en ningún caso pueden constituir causa justificativa 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, mientras que el segundo, regula la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, con un tratamiento propio, remitiéndose expresamente a la legislación nacional o a los contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales.

Todos estos razonamientos, llevan al Tribunal Supremo a concluir que el artículo 52 d) ET no era contradictorio con el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, *“que permite la extinción del contrato de trabajo cuando exista causa justificativa 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”.*

En segundo lugar, el Alto Tribunal examina si el artículo 52 d) ET era contrario a los artículos 4.1 y 5 del Convenio 155 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 daños para la salud. Dicha política, además, 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.

En este punto, el Tribunal Supremo acude nuevamente a la STC 118/2019 que había rechazado que el artículo 52 d) ET vulnerara el derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 CE en relación con el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE. A tal efecto, mantiene que los referidos artículos 4 y 5 del Convenio 155 OIT no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al

que resulta de estos preceptos constitucionales, lo que le obliga a actuar en el mismo sentido que la citada sentencia del Tribunal Constitucional y concluir que *“la regulación del artículo 52 d) 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 artículos 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT, que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores”*. A mayor abundamiento, concluye el Tribunal Supremo que *“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”*.

Continúa el Tribunal Supremo su control de convencionalidad del artículo 52 d) ET con el análisis de la adecuación de esta norma a la Carta Social Europea, a la que también se refería el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia ahora objeto de recurso de casación. En este punto, en relación con la Carta Social Europea revisada, el Alto Tribunal recuerda que la misma no ha sido ratificada hasta el 29 de abril de 2021 y publicada en el BOE hasta el 11 de junio del mismo año, con posterioridad, por tanto, al despido enjuiciado en este procedimiento. A tal efecto, el Alto Tribunal concluye que *“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 artículo 9.3 de la CE. El despido debe calificarse de conformidad con las normas jurídicas aplicables en la fecha de la extinción contractual”*.

Respecto a la versión de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, esta sí ratificada por España en 1980 y, por tanto, vigente en la fecha del despido enjuiciado, el Tribunal Supremo mantiene que la misma se limita a reconocer, en su artículo 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, sin que pudiera considerarse, a criterio del Alto Tribunal, que el artículo 52 d) ET fuera contrario a dicho precepto. Pero es que, además, el Alto Tribunal considera que el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada admite el despido cuando existan *“razones válidas para ello relacionadas con las aptitudes o su conducta (del trabajador), o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”*.

Por todo ello, el Tribunal Supremo acaba concluyendo que *“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 artículo 43.1 de la CE en relación con el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo del artículo 40.2 de la CE”*. Y, en consecuencia, concluye que de conformidad con la STC 118/2019, *“no contradecía el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo previsto en la Carta Social Europea el despido regulado en el artículo 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”*.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye su control de convencionalidad del artículo 52 d) ET examinando si dicho precepto vulneraba el artículo 11 de la CEDAW, que prohíbe la discriminación contra las mujeres, como efectivamente había considerado la STSJ de Cataluña ahora recurrida en casación en base a la doctrina contenida en uno de los votos particulares de la STC 118/29019, que indicaba 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.

En este punto, el Alto Tribunal mantiene que si bien la referida sentencia del Tribunal Constitucional no se pronunció expresamente acerca de si el artículo 52 d) ET vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo, al haberse incluido esta conclusión en un voto particular de dicha sentencia, ello significa que dicha posibilidad sí fue objeto de debate, sin que la mayoría de los magistrados estuvieran de acuerdo con ella. En este contexto, el Tribunal Supremo concluye que la citada resolución ya se ha pronunciado en el sentido de considerar que el artículo 52 d) ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE, puesto que, en caso contrario, el Tribunal Constitucional hubiera declarado que esta norma era contraria la Constitución.

Una vez más, el Tribunal Supremo considera que el artículo 11 de la CEDAW no proporciona un estándar de protección distinto del que proporciona la Carta Magna, por lo que concluye que se trata de una controversia resuelta por la STC 118/2019, en el sentido de que *“el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del artículo 52 d) ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del artículo 38 CE, no vulnera los derechos*

fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminados por razón de sexo”.

De conformidad con todo lo expuesto, el Tribunal Supremo procede a casar y anular la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, ordenando la devolución de las actuaciones a la Sala de procedencia para que, con libertad de criterio, partiendo de que el artículo 52 d) ET no era contrario a los tratados internacionales, resuelva el recurso de suplicación en su día planteado.

4. Valoración y alcance de la STS de 29 de marzo de 2022

No cabe duda que lo primero que llamó la atención de la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 fue que la misma se hubiera dictado unos pocos meses después de que el Tribunal Constitucional hubiera dado a conocer su polémica sentencia 118/2019, de 16 de octubre, en la que se avalaba plenamente la constitucionalidad del artículo 52 d) ET. Esta circunstancia parecía cerrar todas las posibilidades de poner coto a los despidos por causas objetivas de los trabajadores enfermos por la vía judicial, hasta el punto que dicha resolución del Tribunal Constitucional motivó el compromiso inmediato del Gobierno de poner fin a esta vía extintiva del contrato de trabajo, como finalmente sucedió con la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2020, posteriormente tramitado y aprobado como Ley 1/2020, de 25 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Pese a ello, una vez cerrado el control de constitucionalidad del artículo 52 d) ET por parte de quien tiene la competencia para ello, es decir, el Tribunal Constitucional, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 abrió una nueva vía de control, ahora de convencionalidad, de dicho precepto, confrontándolo con diferentes Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado español¹⁰. A tal efecto, de igual modo que el Tribunal Constitucional había sido el competente para llevar a cabo el control de constitucionalidad del artículo 52 d) ET, correspondía ahora a la jurisdicción ordinaria, en el supuesto enjuiciado, al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, efectuar el referido control de convencionalidad¹¹.

¹⁰ Vid. también, STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2020 (nº rec. 5885/2019).

¹¹ Sobre el control de convencionalidad vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Control de convencionalidad y jurisdicción social”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2020, JIMENA QUESADA, Luis, “El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 22, 2018, JIMENA QUESADA, Luis, “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019, LLOBERA

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, ha establecido que *“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, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre)”*”.

En la misma dirección, la propia STC 118/2019 que declaraba la constitucionalidad del artículo 52 d) ET, acto seguido indicaba que *“la eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España no determina por sí misma violación constitucional alguna; se trata de un juicio de aplicabilidad —control de convencionalidad— que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria”*.

A pesar de que la jurisdicción ordinaria es la competente para efectuar el control de convencionalidad de las normas internas, en este supuesto, el entonces vigente artículo 52 d) ET, ya se vislumbraban las grandes dificultades con las que se encontraría la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 para ser confirmada, atendiendo a la jurisprudencia y, en su caso, a la doctrina judicial ya existentes al respecto. No olvidemos al respecto que los Tratados y Convenios Internacionales invocados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no constituían una auténtica novedad, sino que, de una manera más o menos soterrada, ya habían sido objeto de análisis en la resolución de los despidos objetivos por ausencias del trabajador enfermo, por parte de algunos Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia e, incluso, por alguna resolución del propio Tribunal Supremo.

VILA, Mireia, “El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 222, 2019 y GOERLICH PESET, José María, “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, vol. 2, nº 1, 2021.

La primera cuestión que planteaba el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña era la posible vulneración por parte del artículo 52 d) ET del derecho a no ser despedido sin justa causa, recogido en el artículo 6 del Convenio nº 158 OIT, que, a criterio del Tribunal, ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el artículo 35.1 CE, por cuanto, dicho Convenio refuerza este derecho a no ser despedido sin justa causa con una protección suplementaria, consistente en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo motivada por enfermedad. En apoyo de esta misma conclusión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también invocaba el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, según el cual, no se considera como justa causa del despido, la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente.

A este respecto, no cabe duda que una de las cuestiones que ha planteado mayor conflictividad en los tribunales españoles sobre la adecuación del artículo 52 d) ET a la normativa internacional, ha sido, precisamente, la compatibilidad de dicho precepto con lo preceptuado por el artículo 6 del Convenio nº 158 OIT y por la Recomendación 166 de la OIT sobre la terminación del contrato de trabajo (en adelante, Recomendación, 166 OIT). En este contexto, se han dictado diferentes resoluciones judiciales, normalmente en instancia, que, acudiendo, entre otras normas internacionales, al referido Convenio de la OIT, han intentado limitar los efectos perniciosos derivados de la reforma del despido por ausencias del trabajador llevada a cabo en el marco de la reforma laboral de 2012.

A título de ejemplo, cabe destacar la pionera sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, que concluía que el artículo 52 d) ET contraviene lo preceptuado por el artículo 6 del Convenio nº 158 OIT (nº procedimiento 679/2013)¹². Para llegar a esta conclusión, el magistrado de instancia recuerda que la causa extintiva prevista por el artículo 52 d) ET fue introducida con anterioridad no sólo a la Constitución Española, sino también a la ratificación incondicional por parte del Estado Español del Convenio nº 158 OIT, que dispone explícitamente en su artículo 6 –como hace también el artículo 5 respecto de otros factores de discriminación- que la “*ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo*”.

Asimismo, el magistrado de instancia considera que la remisión que efectúa el artículo 6.2 del referido Convenio a la legislación nacional, es exclusivamente, en cuanto a 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 prohibición, pero no habilita

¹² Un comentario a esta resolución judicial en MORENO GENÉ, Josep, “Límites constitucionales e internacionales...” *ob cit.*, p. 291 a 301 y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 370, 2014, p. 189 a 192.

para excluir de la prohibición de despido a las ausencias temporales por causa de enfermedad de corta duración, una vez definidas como tales. A tal efecto, el magistrado se remite al informe de la Comisión de expertos de la OIT en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado “Estudio General de 1995”, en cuyo párrafo 137, y en relación con esta posibilidad de los estados miembros de incidir en la definición de ausencia temporal del trabajo, se considera que *“si bien el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales, si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor”*.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el artículo 96.1 CE dispone que *“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico”* y que *“sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derechos Internacional”*, a criterio del magistrado, ello comporta que, *“ya desde el momento inicial de la ratificación del Convenio nº 158 OIT, se produjo una situación de incumplimiento frontal del artículo 6 del mismo, al no eliminar, ni corregir, ni excepcionar la facultad extintiva contemplada en el artículo 52 d) ET, basada en la “ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión” que según el artículo 6 del citado convenio, “no deberá constituir una causa justificada de la terminación de la relación laboral”*.

Sin embargo y a pesar de las fundadas dudas que ha suscitado la adecuación del artículo 52 d) ET al Convenio nº 158 OIT, la posibilidad que prevé la propia norma de que los estados miembros puedan incidir en la definición de la ausencia temporal de trabajo por motivo de enfermedad o lesión a los efectos de lo previsto en el artículo 6 del Convenio 158 OIT ha limitado de forma sustancial el alcance de esta norma y, en consecuencia, las garantías que se derivan de la misma, permitiendo que se haya justificado la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento de la causa de extinción del contrato prevista en el artículo 52 d) ET.

Valga a título de ejemplo la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013, invocada como sentencia de contraste en el recurso de casación presentado contra la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, que estima el recurso presentado contra una resolución judicial que había considerado que el artículo 52 d) ET entraba en contradicción con las disposiciones del Convenio nº 158 OIT y que, por tanto, no debía ser aplicado. En este punto, dicha resolución judicial recuerda que la justificación de la causa de extinción contenida en el artículo 52 d) ET ha sido admitida por la doctrina del Tribunal Supremo

de la que cabe concluir que *“la lucha contra el absentismo es un objetivo legislativo legítimo, sin que parezca inadecuado relacionar esta causa de despido con las necesidades de funcionamiento de la empresa. No desaparece esta justificación por el dato de que se haya dejado de exigir un porcentaje de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo”*.

En este punto, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 considera que la concreción del principio general del artículo 4 del Convenio nº 158 OIT se encuentra en los artículos 5 y 6 del mismo, de los que se desprende que existen unos supuestos que ineludiblemente haya que calificar como motivos ilegítimos que en ningún caso pueden constituir causa justificada para la terminación del contrato, que son los del artículo 5, y otro diferenciado, el de la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, que tiene un tratamiento propio en el artículo 6.

Precisamente del examen del artículo 6 del Convenio nº 158 OIT en relación con el artículo 1 del mismo, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 deduce que el artículo 52 d) ET no contraviene lo dispuesto en el citado convenio internacional. A tal efecto, considera que *“si bien como regla general se dispone (artículo 6.1) que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, seguidamente se establece (artículo 6.2.) que determinados elementos de esa regla general pueden ser precisados de conformidad con los métodos de aplicación del convenio, es decir, a través de la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales o cualquier otro método que sea válido conforme a la práctica nacional”*. Según el Tribunal, *“ello implica que la definición de ausencia temporal y las posibles limitaciones a la regla general del apartado 1 del artículo 6 quedan derivadas a lo que disponga la norma legal o el convenio colectivo en nuestro ordenamiento nacional”*.

En definitiva, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 concluye que *“no puede compartirse que exista contradicción entre el artículo 52 d) ET y el convenio 158 OIT, toda vez que la norma internacional habilita en esta materia concreta a la nacional. Ese desarrollo efectuado por la norma legal española no desvirtúa lo dispuesto en el convenio, pues no se abre ilimitadamente la posibilidad de despedir por ausencia temporal por enfermedad o lesión, sino que se contrae esa eventualidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes”*. Asimismo, discrepando del criterio de la sentencia de instancia, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 no considera *“que sea decisivo y trascendente para legitimar esta regulación el dato de la exigencia de un porcentaje total de absentismo de la plantilla, pues aun habiendo desaparecido tal elemento en la*

*redacción del RD-Ley 3/2012 y en la Ley 3/2012, subsiste el absentismo del trabajador individual determinado de una forma objetiva, así como las exclusiones del párrafo segundo del artículo 52 d) ET, configurando un régimen nacional que se haya permitido por el artículo 6.2 del convenio 158 OIT*¹³.

Esta doctrina mayoritaria de los tribunales laborales concuerda, por lo demás, con la doctrina contenida en la STC 118/2019, de 16 de octubre, que tampoco considera que exista contradicción alguna, en la medida en que la previsión contenida en el artículo 6.1 del Convenio n° 158 OIT, según la cual “*la ausencia al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación laboral*”, queda inmediatamente matizada por la previsión recogida en el apartado segundo de dicho precepto. De conformidad con esta previsión, mantiene el Alto Tribunal que el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del artículo 6.1 del Convenio n° 158 OIT, como efectivamente lo ha hecho mediante la regulación contenida en el artículo 52 d) ET. A ello añade el Tribunal Constitucional que dicho precepto encaja en el artículo 4 del citado convenio puesto que permite poner término al contrato de

¹³ En la misma dirección vid. la temprana STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (n° rec. 1309/2006) que, aplicando redacciones anteriores del artículo 52 d) ET y tras recordar que “*en la normativa internacional se establecen algunas garantías frente al despido del trabajador enfermo*”, indica que “*no obstante, en el n° 2 del artículo 6 se habla de las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del mismo artículo que serán determinadas con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del mismo Convenio 158*”. A partir de estas premisas, la resolución concluye que “*el n° 1 del artículo 6 del Convenio n° 158 de la OIT encuentra en nuestra legislación un límite en su aplicación, establecido en el artículo 52 d) del ET*”. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (n° rec. 7474/2012) mantiene que no consta que el artículo 52 d) ET “*sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio n° 158 OIT, pues no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas, las de más de veinte días no computan para el cálculo del absentismo*”. A tal efecto, se alega que la jurisprudencia ha admitido de forma unánime que el artículo 52 d) ET, en su anterior redacción, pero también en la actual, permita con determinados límites y condicionamientos que el absentismo laboral, aun tratándose de bajas justificadas, tenga un reflejo en la extinción del contrato de trabajo. También se pronuncia en este sentido la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 (n° rec. 402/2014) que mantiene que “*no consideramos que se haya infringido el Convenio OIT 158. Si bien como regla general el artículo 6.1 de este Convenio dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad no es causa justificativa de terminación de la relación laboral, seguidamente el artículo 6.2 del citado Convenio establece que determinados elementos de esa regla general pueden ser precisados de conformidad con los métodos de aplicación del Convenio, es decir, a través de la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales o cualquier otro método que sea válido conforme a la práctica nacional. Ese desarrollo efectuado por la norma española no desvirtúa el Convenio 158 OIT, pues no se abren ilimitadamente las partes para despedir por ausencias temporales derivadas de enfermedad o lesión, sino que se contrae esa posibilidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes*”. Vid. también, STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014 (n° rec. 695/2014) y STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017 (n° rec. 7675/2016).

trabajo cuando exista causa justificada para ello, incluyendo al respecto las necesidades de funcionamiento de la empresa, entre las que el Alto Tribunal incluye “*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*” previstas en el artículo 52 d) ET.

Este criterio se ha visto reforzado, además, por la respuesta dada por la propia OIT a la reclamación planteada en su momento por los sindicatos CCOO y UGT sobre la adecuación del artículo 52 d) ET al Convenio OIT. A tal efecto, el Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT llevado a cabo en la 321ª reunión en Ginebra el 13 de junio de 2014 concluye que “*El Comité considera que las modificaciones de 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 nº 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1*”¹⁴.

Todo lo expuesto ya permitía aventurar, como ya se ha anticipado, que, a pesar de los fundados argumentos que incorporaba la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, la doctrina contenida en la misma podía tener serias dificultades para consolidarse ante un hipotético recurso de casación en unificación de doctrina resuelto por el Tribunal Supremo. Aunque el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también reforzaba su interpretación invocando el valor hermenéutico que puede tener el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, en virtud del cual, no se considera como justa causa del despido la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente, no parecía que este argumento pudiera ser suficiente para cambiar el criterio adoptado hasta el momento por la doctrina judicial mayoritaria, más si cabe, si se tiene en cuenta que la Carta Social Europea revisada, aunque firmada, no había sido ratificada aún en aquel momento por el Estado español.

Por tanto y como era de prever, la STS de 29 de marzo de 2022 concluye que el artículo 52 d) ET no era contradictorio con el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, “*que permite la extinción del contrato de trabajo cuando exista causa justificativa 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*”.

La segunda cuestión planteada por el control de convencionalidad efectuado por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 se refiere a la posible vulneración por parte del

¹⁴ Vid. al respecto GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, 2014, p. 301 y 302.

artículo 52 d) ET del derecho a la prevención de riesgos laborales, en la medida en que dicho precepto sería contrario a diferentes Tratados internacionales ratificados por el Estado español sobre esta materia que, a criterio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, garantizarían una protección superior a la ofrecida constitucionalmente por el principio rector del artículo 40.2 CE –los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo–, cuya infracción el Tribunal Constitucional ha descartado en relación con los artículos 15 y 43 CE.

Efectivamente, la protección de la salud del trabajador ha sido, sin lugar a dudas, el derecho de los trabajadores que se ha visto más afectado por el despido por absentismo previsto en el artículo 52 d) ET, al haberse considerado *a priori* dudosa su compatibilidad con diferentes derechos recogidos en la propia Constitución que amparan la salud del trabajador, en concreto, el artículo 15, según el cual, “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física*”, y el artículo 43, que “*reconoce el derecho a la protección de la salud*”, a los que cabe añadir el artículo 40, que establece que los poderes públicos velarán por “*la seguridad e higiene en el trabajo*” de los trabajadores. A pesar de que únicamente el “*derecho a la vida y a la integridad física*” se configura como un derecho fundamental, la íntima relación existente entre este derecho y los derechos a la protección de la salud y a la seguridad e higiene en el trabajo reconocidos al trabajador hacen necesario que los mismos sean abordados de un modo conjunto.

En este punto, cabe recordar que, tras la reforma laboral de 2012, la “*causa objetiva*” que habilita la extinción del contrato prevista en el artículo 52 d) ET ya no es el perjuicio económico y productivo que un absentismo colectivo disparado podría generar en una empresa, sino la posibilidad de despedir a aquel trabajador que, por causa, entre otras, de enfermedad, no es “*suficientemente productivo*”. A partir de esta premisa, podría considerarse que de dicho precepto se deriva una situación de amenaza o coacción dirigida a todos los trabajadores en general y a los enfermos en particular que les disuada del ejercicio de un derecho tan elemental, ya se encuentre reconocido en el artículo 15 y/o en el artículo 43 CE, como es el derecho de ser reconocido en situación de incapacidad temporal en caso de enfermedad el tiempo necesario para la curación o mejora de su enfermedad¹⁵.

¹⁵ Muy significativa en esta misma dirección es la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (nº rec. 1309/2006), la cual establece que “*reconocido explícitamente el derecho a la salud, a la integridad física, como valor directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar un impacto adverso, una consecuencia perjudicial. El trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud, no puede sufrir un acto de represalia por el empresario, manifestado en el despido, pues mal podría ser efectivo el derecho a preservar y recuperar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se*

Esta argumentación podría encontrar su apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencia de 31 de enero de 2011 (nº rec. 1532/2010), que conoce del recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (nº rec. 188/2010), que declara la nulidad de un despido por parte de una empresa que actúa como “*práctica habitual*”, “*coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo (...) cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo*”, *coacción que se vincula a la advertencia de adoptar “el despido para el caso de no aceptar la propuesta*”. Frente a este comportamiento empresarial, la STS de 31 de enero de 2011 concluye que “*la amenaza de despido pone en juego no sólo la tacha de discriminación, sino la eventual lesión del derecho a la integridad física*”, lo que le lleva a concluir que “*la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional*”.

En la misma dirección, más recientemente, la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021) ha considerado en el supuesto enjuiciado por la misma que nos encontramos ante un comportamiento empresarial que vulnera el derecho a la integridad física de la trabajadora enferma despedida reconocido en el artículo 15 CE, por cuanto que en este supuesto se identifica “*una “política de empresa” (...) tendente a despedir a alguien que ha estado a menudo en situación de incapacidad temporal*”. Para el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no cabe duda que con esta política empresarial se instaura una amenaza genérica y a la vez directa, claramente disuasoria para las personas trabajadoras de hacer uso del derecho fundamental a proteger su propia integridad física, con la consiguiente afectación que ello supone para la salud de los trabajadores, en la medida en que siendo ello público las personas que están enfermas difícilmente cogerán una baja por incapacidad temporal, porque corren el riesgo de ser despedidas¹⁶.

En base a estas argumentaciones, podría haberse considerado que el artículo 52 d) ET en su configuración posterior a la reforma laboral de 2012 podría ser contrario al derecho a la integridad física, a la salud de los trabajadores y a la seguridad e higiene en el trabajo, reconocidos en los artículos 15, 40 y 43 CE, por configurarse como un instrumento de disuasión y/o de coacción del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a ser

acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa”.

¹⁶ Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, Josep, “La “política empresarial” de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021)”, *IUSLabor*, nº 3, 2021.

reconocido en situación de incapacidad temporal el tiempo necesario para la curación o mejora de su enfermedad. En este punto, podría haberse mantenido, incluso, que no fuera necesario que se pusiera en peligro grave y cierto la continuación del tratamiento sanitario, ni la salud del trabajador, sino que podría bastar con introducir en el razonamiento el concepto de riesgo, a saber, ¿si puede el riesgo de ser despedido por la enfermedad incitar al trabajador a interrumpir su proceso de curación, o a no iniciarlo para no perder el empleo?; ¿si el despido puede suponer un riesgo para la condición física o psíquica del trabajador enfermo, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a no iniciar o interrumpir la curación, esto es, el proceso de recuperación de su salud?; ¿si puede el miedo al desempleo llevar al trabajador a no exteriorizar o explicitar la enfermedad, viéndose privado, como consecuencia de la injerencia empresarial en el disfrute del derecho a prevenir, tratar y luchar contra la enfermedad?, etcétera¹⁷.

Sin embargo, los tribunales laborales no han sido muy proclives hasta el momento a integrar estas reflexiones en sus decisiones. A título de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (nº rec. 7474/2012) no comparte este criterio al considerar que a pesar de que exista una cierta conexión entre el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, ello no puede llevar a identificar o confundir ambos derechos. A tal efecto, la resolución mantiene que al trabajador que se halla de baja por incapacidad temporal, le asiste el derecho a no asistir de forma justificada a su puesto de trabajo, como también a recibir la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social que se le prescriba para su recuperación, pero, según la Sala, *“este derecho poco o nada tiene que ver con que esté ejercitando el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la Constitución, ni por lo tanto, cabe sostener que tal situación esté amparada por este precepto, aunque lo sea para luchar contra la decisión de la empresa de despedirlo”*.

A mayor abundamiento, la citada resolución judicial concluye que para considerar que se produce una vulneración de la integridad física del trabajador es necesario que se pueda constatar una actuación empresarial de la que se derive un riesgo o produzca un daño a la salud del trabajador, lo cual nunca podrá tener lugar en un supuesto de un despido por ausencias del trabajador basadas en el artículo 52 d) ET, *“ya que es el legislador dentro de sus facultades el que ha decidido modificar dicho precepto para permitir a las empresas que puedan deshacerse de sus trabajadores que por las razones que fueren sin tener en cuenta la causa han estado en aquellas situaciones que no excepciona el párrafo segundo del artículo 52 d) TRET”*.

En definitiva, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 mantiene que no es posible encontrar una conexión entre el derecho a la integridad física y la actuación de un

¹⁷ Véase este razonamiento en el voto particular que contiene la STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2007 (nº rec. 3100/2007).

empresario que despiden a un trabajador con motivo del número de veces que en un periodo de tiempo ha estado en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, pues, *“por un lado el despido es una conducta que no tiene repercusión física o material alguna sobre el trabajador, aunque sí pueda tenerla de orden moral (...) y por último, porque lo que hace el empresario es aprovechar una regulación que pretende sin más penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos para sus empresarios”*.

Esta doctrina se ajusta, a su vez, a la contenida en la STS de 22 de noviembre de 2007 (nº rec. 3907/2006), que ponía de manifiesto la *“inaceptable asimilación del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE) con el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”*.

Es cierto que la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 intenta sortear estos razonamientos mediante la invocación del artículo 4.1 del Convenio nº 155 OIT, que establece la obligación de todo Estado Miembro de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, con el objeto de 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.

Esta previsión, a criterio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no se ceñiría a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la salud, vida o integridad física, como sucede con la tutela constitucional que se acaba de exponer, sino que la tutela convencional se extendería a todo tipo de riesgos, de modo que la misma no podría ser compatible con la obligación que se desprende del artículo 52 d) ET de que los trabajadores que sufren enfermedades que provocan ausencias intermitentes que les incapacitan para el trabajo acudan al trabajo, so pena de despido.

A mayor abundamiento, el Tribunal constata que esta circunstancia puede comportar un doble riesgo: a) En primer lugar, un riesgo para la salud de la persona trabajadora que, ante las altas tasas de desempleo existentes, hará lo posible para evitar la pérdida de su trabajo; y b) en segundo lugar, no cabe duda que el hecho de que una persona impedida para el trabajo acuda a trabajar supone un riesgo no solo para esta persona, sino también para terceros.

Pese a lo correcto de estos razonamientos, también se planteaban serias dudas de que los mismos pudieran contrarrestar la consolidada jurisprudencia y doctrina judicial existente en materia de protección de la salud de los trabajadores enfermos despedidos mediante el artículo 52 d) ET que, hasta la actualidad, ha considerado que el despido objetivo del trabajador por sus ausencias al trabajo no atenta contra la salud de los trabajadores despedidos por tal causa, aunque el mismo se base en faltas de asistencia motivadas por enfermedad del trabajador.

En esta dirección, como ya se ha anticipado, la STS de 29 de marzo de 2022 concluye que los artículos 4 y 5 del Convenio 155 OIT no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al que resulta de los preceptos constitucionales, lo que le lleva a concluir que *“la regulación del artículo 52 d) 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 artículos 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT, que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores”*. A mayor abundamiento, concluye el Tribunal Supremo que *“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”*.

Finalmente, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, atendiendo a diferentes datos estadísticos, constataba el mayor impacto de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal en las mujeres que en los hombres. A partir de esta premisa, concluía que el artículo 52 d) ET se perfilaba como una disposición que, aunque en apariencia es neutra, pone a las personas de sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres. Esta circunstancias, según el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituye una infracción del artículo 11 CEDAW, *“por cuanto se produce una discriminación indirecta por razón de género en la garantía de los derechos a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicios; el derecho a la seguridad social, en particular en casos de incapacidad para trabajar y, en fin, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras, que dadas las mayores tasas de desempleo entre su colectivo, se ven lógicamente más afectadas por el precepto en cuestión”*¹⁸.

¹⁸ FORCADELL ESCOUFFIER, Albert y NAVARRO DÍAZ, Christian, “Compatibilidad del control de convencionalidad...” *ob ob cit.*, p. 151 y 152, llamaban la atención sobre el hecho de que *“a diferencia de lo que acontece con el derecho a no ser despedido sin justa causa, y con el derecho a protección de riesgos*

El abordaje del artículo 52 d) ET desde una perspectiva de género invocado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tampoco era totalmente novedoso en el seno de la doctrina judicial, si bien, es cierto que este enfoque pasó a ocupar un primer plano, al menos mediático, a partir del voto particular emitido por la magistrada Dña. María Luisa BALAGUER CALLEJÓN a la STC 118/2019 que, como ya se ha indicado, avalaba el despido por absentismo del trabajador previsto por el artículo 52 d) ET.

Recuérdese al respecto que la magistrada considera en el referido voto particular que el artículo 52 d) ET incurre en una clara discriminación indirecta por razón de sexo, lo cual, a su criterio, debería haber conducido al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, si bien, como es bien conocido, este no fue el criterio finalmente adoptado por la sentencia mayoritaria, la cual, ni tan siquiera, llegó a abordar de forma expresa la posible incompatibilidad del artículo 52 d) ET con el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las trabajadoras.

El enfoque de esta cuestión desde una perspectiva de género ya se había insinuado con anterioridad en alguna resolución judicial. A título de ejemplo, la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 (nº rec. 833/2018), aunque fuera de forma muy vaga, ya indicaba que el carácter discriminatorio del despido de una trabajadora enferma puede derivar de hecho de que *“estamos ante una patología netamente femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género”*. En consecuencia, esta sentencia se incardina en la línea argumental de acudir a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, para aquellos supuestos en que el despido de la trabajadora enferma se produzca como consecuencia de que la misma sufre una enfermedad que pueda considerarse como *“feminizada”*¹⁹.

A tal efecto, los partidarios de esta línea argumental se apoyan en la doctrina del Tribunal Supremo que considera que el despido por enfermedad es discriminatorio cuando concurren circunstancias que *“históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas”*. A partir de esta consideración, se mantiene que, aunque la enfermedad quede fuera del concepto de discapacidad, el despido de una trabajadora por una enfermedad ligada a su sexo se considera discriminatorio y contrario a los derechos fundamentales de las mujeres²⁰.

laborales, en relación con este derecho no se razona en qué medida la norma internacional ofrece un estándar de protección más alto o distinto del que ofrece la norma interna y/o garantiza la Constitución”.

¹⁹ Sobre esta perspectiva de género de la salud vid. RIVAS VALLEJO, Pilar, “Salud y Género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74, 2008, p. 227 a 286.

²⁰ Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia, “El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 51, 2018, p. 341.

En esta dirección, se acude, entre otras, a la doctrina contenida en la STS de 27 de enero de 2009 (nº rec. 602/2008), según la cual, una enfermedad es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores, por lo que no puede ser considerada como un factor discriminatorio de despido. De ello se deduce, a *sensu contrario*, que la enfermedad sí puede ser considerada un factor discriminatorio en aquellos casos en los que sea específica de un grupo de personas, lo cual ocurriría en enfermedades de alta prevalencia femenina. Además, este criterio no resultaría válido únicamente para las enfermedades crónicas, sino que podría ser extensible a las incapacidades temporales por motivos vinculados a la biología de las mujeres o síntomas que padezcan las mismas con una frecuencia estadística mayor con respecto a los hombres²¹.

Pese a lo novedoso y sugerente que resulta el abordaje de los despidos por absentismo desde una perspectiva de género que se contenía en la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, no cabe duda que nos encontramos todavía ante un enfoque muy incipiente de esta materia. Esta circunstancia aconseja que para valorar el verdadero alcance de este planteamiento que toma en consideración la perspectiva de género a la hora de enjuiciar los despidos de las trabajadoras enfermas se espere a futuros desarrollos judiciales del mismo.

En este punto, el Tribunal Supremo, como también se ha anticipado, concluye que el artículo 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 resuelta por la STC nº 118/2019, en el sentido de que el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del artículo 52 d) ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del artículo 38 CE, no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminados por razón de sexo.

Por todas las razones expuestas, a pesar de lo acertado del criterio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de someter a un más que riguroso control de convencionalidad al artículo 52 d) ET, contrastándolo con diferentes Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado español, como ya se ha indicado, era cuanto menos dudoso que la conclusión alcanzada por dicho Tribunal de considerar que dicho precepto conculcaba lo previsto en dichos Tratados y Convenios internacionales acabara siendo avalada por el Tribunal Supremo, no en vano, como ya se ha constatado a lo largo de este trabajo, dicho precepto ya había mostrado una gran capacidad de pervivencia a lo largo de los años, en

²¹ Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia, “El despido por enfermedad...” *ob cit.*, p. 342.

ocasiones, incluso, ante alegaciones similares a las acogidas ahora por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020²².

A ello cabía añadir, además, las insalvables dificultades que ya se habían planteado en otros supuestos, también relacionados con la reforma laboral de 2012, a la hora de poder inaplicar normas de derecho interno por considerarse contrarias a lo dispuesto en diferentes Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado español. Baste con recordar al respecto los infructuosos intentos por inaplicar el período de prueba de un año previsto por el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores por considerarse contrario a la normativa internacional. En este supuesto, pese a los ingentes esfuerzos invertidos, únicamente mediante la intervención del legislador se acabó derogando esta modalidad contractual y, por extensión, el periodo de prueba a todas luces excesivo que en la misma se contemplaba.

En este contexto, como era de esperar, el Tribunal Supremo acaba casando y anulando la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, ordenando la devolución de las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, partiendo de que el artículo 52 d) ET no era contrario a los tratados internacionales, resuelva el recurso de suplicación en su día planteado.

Por todo lo expuesto, tras la STS de 29 de marzo de 2022, aún debe valorarse más positivamente que la respuesta a las serias dudas y al amplio reproche social que planteaba el artículo 52 d) ET viniera de la mano de la definitiva derogación de dicho precepto llevada a cabo mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2020. Únicamente por esta vía ha quedado garantizada de una vez por todas la definitiva supresión de esta causa de despido objetivo por ausencias del trabajador y, por tanto, su definitiva expulsión de nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

En este punto, cabe llamar la atención sobre el hecho de que los motivos invocados en su momento por el Preámbulo del Real Decreto-Ley 4/2020 para proceder a la supresión del artículo 52 d) ET y, por tanto, de la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador que en la misma se contiene, consistieron básicamente en la consideración de que dicho precepto, entendido como un procedimiento de aplicación automática que no permite el juicio de adecuación y proporcionalidad requerido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “*es un instrumento susceptible de provocar discriminación indirecta por razón de discapacidad y también de género*”.

²² Vid. BAYLOS GRAU, Antonio, “Sobre la derogación del despido por absentismo...” *ob cit.*, y MIÑARRO YANINI, Margarita y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El Estatuto de los Trabajadores...”, *ob cit.*, p. 9.

Obsérvese, por tanto, como el legislador, a la hora de justificar la supresión del artículo 52 d) ET, acude a sendas doctrinas judiciales que se habían ido formulando en los últimos años por los tribunales laborales. La primera, tendría como principal exponente a la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019 (nº rec. 664/2018), que había resuelto que no debían ser computadas entre las ausencias que justifican la extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo 52 d) ET, aquellas que fueran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad entendida en sentido amplio. Cabe recordar que esta resolución judicial ha sido confirmada posteriormente por la STS de 22 de febrero de 2022, al no haberse apreciado la contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste que requiere el recurso de casación.

Y, la segunda doctrina judicial a la que acude el legislador para justifica la derogación del artículo 42 d) ET, entroncaría con la doctrina contenida en la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, ahora casada y anulada por el Tribunal Supremo, que, entre otros motivos, había procedido a inaplicar dicho precepto por considerar que el mismo suponía una desventaja para las personas de sexo femenino respecto a las del sexo masculino²³.

Por todo lo expuesto, a pesar del revés que ha podido suponer la STS de 29 de marzo de 2022 en la tutela frente al despido de los trabajadores enfermos, es de justicia reconocer el papel básico que en la derogación de la causa de despido por absentismo del trabajador prevista en el artículo 52 d) ET han jugado los tribunales laborales, al haber contribuido de un modo decisivo a cuestionar la legitimidad estatal, pero fundamentalmente, internacional, de esta causa de extinción del contrato de trabajo, empujando de este modo al legislador a eliminarla de un modo definitivo del ordenamiento jurídico laboral²⁴.

Pese a ello, no puede afirmarse que como consecuencia de la derogación del artículo 52 d) ET la STS de 29 de marzo de 2022 vaya a ser del todo inocua a la hora de abordar esta materia, no en vano, la derogación de dicho precepto únicamente ha supuesto la eliminación del despido objetivo por ausencias del trabajador que el mismo regulaba, pero no afecta a aquellos supuestos en que, aunque formalmente no se reconozca, efectivamente se procede a despedir a un trabajador por sus faltas de asistencia justificadas al trabajo, incluidas las motivadas por razón de enfermedad. Claro está, que en este supuesto el despido ya no podrá ser calificado como procedente, sino que el mismo deberá reconducirse a la declaración de improcedencia, con la consiguiente ampliación de los derechos indemnizatorios de los trabajadores afectados -de los veinte días de salario

²³ Sobre esta perspectiva de género que introduce la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 y que ha contribuido a la derogación del despido por absentismo del artículo 52 d) ET, vid. GUINDO MORALES, Sara, “La protección de la mujer trabajadora frente al despido”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, nº 4, 2020, p. 70 y ss.

²⁴ Vid. también CIALTI, Pierre Henri, “El despido del artículo 52 d)…” *ob cit.*, p. 312 y ss.

por año de servicio con un máximo de doce mensualidades previstos para el despido objetivo a los treinta y tres días de salario por año de servicios hasta un máximo de veinticuatro mensualidades que corresponden a un despido improcedente-, pero ello no impedirá que con estos despidos se sigan vulnerando diferentes derechos laborales de los trabajadores –derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho a la igualdad y no discriminación, etcétera-²⁵.

En estos supuestos, el objetivo a conseguir no es otro que la declaración de nulidad de los despidos de los trabajadores enfermos frente a su habitual declaración de improcedencia por parte de los tribunales laborales. En este punto, no cabe duda que la doctrina contenida en la STS de 29 de marzo de 2022 no va a contribuir en absoluto en la consecución de dicho objetivo, no en vano, ha validado el despido por absentismo del trabajador anteriormente previsto en el artículo 52 d) ET, por considerarlo acorde con la normativa internacional.

Pese a ello, la supresión legal del artículo 52 d) ET aún puede resultar muy útil para alcanzar el objetivo de la declaración de nulidad de los despidos de los trabajadores enfermos, puesto que, como acertadamente se ha indicado, con la supresión de esta causa de despido se desposee a la actuación empresarial del más mínimo vestigio de licitud, reforzándose de este modo “*ciertos elementos concomitantes que insertan el despido entre los comportamientos discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales*”²⁶, que deberán ser abordados en cada supuesto concreto a los efectos de permitir calificar el despido del trabajador enfermo como nulo.

5. Bibliografía

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Tasia, “El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 51, 2018, p. 326-351.

BAYLOS GRAU, Antonio, “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 9-18.

²⁵ MIÑARRO YANINI, Margarita y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El Estatuto de los Trabajadores...” *ob cit.*, p. 19, consideran al respecto que la supresión del artículo 52 d) ET no prohíbe realmente el despido por razones de salud, sino que lo convierte en causa injusta, elevando el precio del mismo, salvo que se acredite violación de un derecho fundamental, lo cual genera una gran incertidumbre jurídica. Vid. también, CIALTI, Pierre Henri, “El despido del artículo 52 d)...” *ob cit.*, p. 316.

²⁶ Vid. BAYLOS GRAU, Antonio, “Sobre la derogación del despido por absentismo...” *ob cit.*,

CIALTI, Pierre Henri, “El despido del artículo 52 d) no supera(ba) el control de convencionalidad”, *Temas Laborales*, nº 152, 2020, p. 301-317.

FORCADELL ESCOUFFIER, Albert y NAVARRO DÍAZ, Christian, “Compatibilidad del control de convencionalidad con la superación del control de constitucionalidad. Comentario a la STSJ Cataluña de 17 de enero de 2020, que declara la inaplicabilidad del artículo 52 d) ET durante el periodo de vigencia anterior a su derogación”, *IUSlabor*, nº 1, 2020, p. 141-156.

FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, Carlos, “¿Sigue vigente el despido por absentismo en los centros especiales de empleo?”, *Trabajo y Derecho*, nº 75, 2021, p. 1-16.

GOERLICH PESET, José María, “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, vol. 2, nº 1, 2021, p. 4-17.

GÓMEZ SALADO, Miquel Ángel, “La adecuación del despido objetivo por absentismo al contenido de la Directiva 2000/78/CE. Un análisis al hilo de la STJUE de 18 de enero de 2018 y de la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 12, 2019.

GÓMEZ SALADO, Miquel Ángel, “La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 441, 2019, p. 173-182.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, 2014, p. 291-304.

JIMENA QUESADA, Luís, “El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 22, 2018, p. 31-58.

JIMENA QUESADA, Luís, “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019, p. 434-461.

LLOBERA VILA, Mireia, “El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 222, 2019, p. 252-262.

MIÑARRO YANINI, Margarita y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de “reformas” y “maquillados”: ¿una conmemoración con sabor a despedida?”, *Revista de Trabajo y Seguridad. CEF*, nº 444, 2020, p. 5-22.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 370, 2014, p. 189-192.

MONEREO PÉREZ, José Luís y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE, 20 de enero)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 21, 2019, p. 13-22.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Sobre el derogado artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 229, 2020, p. 2603-2616.

MORENO GENÉ, Josep, “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección Social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Pamplona, 2014, p. 1-20.

MORENO GENÉ, Josep, “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9 y 10, 2014, p. 1-9.

MORENO GENÉ, Josep, “Los problemas de encaje de la extinción del contrato por ausencias del trabajador en la Directiva 2000/78/CE: A propósito de la STJUE de 18 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, nº 8, 2018, p. 61-89.

MORENO GENÉ, Josep, “La nulidad del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo derivadas de enfermedad relacionada con la discapacidad del trabajador. A propósito de la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019”, *Trabajo y Derecho*, nº 57, 2019, p. 111-130.

MORENO GENÉ, Josep, “El recurso al convenio 158 OIT como límite al despido por absentismo del trabajador enfermo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y de la Seguridad Social, Madrid, 2019, p. 281-302.

MORENO GENÉ, Josep, “La extinción del contrato por absentismo: productividad *versus* derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020, p. 62-106.

MORENO GENÉ, Josep, “La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador: STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020”, *Temas Laborales*, nº 152, 2020, p. 271-300.

MORENO GENÉ, Josep: “La “política empresarial” de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (nº rec. 2943/2021)”, *IUSLabor*, nº 3, 2021, p. 176-205.

RIVAS VALLEJO, Pilar, “Salud y Género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74, 2008, p. 227-286.

ROMERO RÓDENAS, María José, “Extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia justificadas: cese que constituye despido nulo: discriminación indirecta por motivos de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 5, 2019, p. 1-9.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Control de convencionalidad y jurisdicción social”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2020, p. 1-9.

VELA DÍAZ, Raquel, “La primacía del despido por absentismo laboral sobre la enfermedad bajo prisma del TEDH”, *Trabajo y Derecho*, nº 81, 2021, p. 1-9.