

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
[BOE n.º 43, 19-II-2020]

La legitimidad empresarial a la hora de dar por finalizado un contrato cuando concurren causas de inasistencia al trabajo ha sido objeto de reformulación legal por la vía urgente del RD Ley 4/20, convalidado luego por Resolución de 25 de marzo de 2020 del Congreso de los Diputados y convertido en Ley 1/20, de 15 de julio. El Gobierno ha tratado de conjugar el comprensible interés de la empresa en disponer de los recursos humanos necesarios para el desempeño de la actividad con el derecho de las personas trabajadoras a no sufrir ningún tipo de represalia que desembocara en la extinción de su contrato por la ausencia al trabajo debida a enfermedad.

Se fundamenta esta decisión normativa en el empeño de evitar una discriminación múltiple, con frecuencia asociada a circunstancias de discapacidad, pero que también entronca con situaciones de vulnerabilidad de la persona, tanto en su faceta profesional como en sus aspectos personal y de integración en la sociedad. Con base en diferentes pronunciamientos tanto del TC (S. 118/2019 16 de octubre), algo más reticente a la apreciación de una eventual vulneración de derechos de la persona (integridad física, trabajo, protección de la salud, etc.) como del TJUE, que claramente se posiciona en torno a una confrontación entre el art. 52 d) ET y en ese caso concreto el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad. Es precisamente esta doctrina del Tribunal Europeo la que fuerza a replantear el contenido de tal precepto, en el que está ausente toda medida de evaluación individualizada a efectos de interpretar su proporcionalidad, algo que, obviamente, no concurre en modo alguno al ser dicho apartado de aplicación automática por el simple dato de superar un determinado umbral de inasistencias al trabajo.

No solo la discriminación indirecta por discapacidad sería un elemento a tener en cuenta en esta actuación del Gobierno; se atiende también a la posible prolongada duración de una enfermedad que, sin causar falta de habilidades ya permanentes en la persona, sea susceptible de provocar una alteración en la salud de largo recorrido, sin o con incorporaciones puntuales al trabajo, pero que impida el pleno desarrollo de la actividad. También en este supuesto estaría presente una aparente discriminación indirecta por discapacidad, de forma asimilada. En tales circunstancias, el Gobierno es de la opinión de que, tanto si se trata de personas que padecen algún tipo de discapacidad como de aquellas aquejadas de una enfermedad de duración amplia, el art. 52

d) ET no prevé un nivel de garantías suficiente para asegurar la adecuada protección de los afectados.

No se detiene ahí la eventual discriminación hacia las personas que se ven obligadas a no asistir habitualmente al trabajo, sino que asimismo se anuda tal padecimiento a las mujeres, con una mayor incidencia. Se menciona incluso no tanto la propia enfermedad en sí, añadiendo, además, la participación más intensa de las mujeres en tareas de atención y cuidado de familiares. Si, movida por esta especial situación, una trabajadora presenta una mayor frecuencia de faltas al trabajo, aun justificadas, que llevan a la empresa a hacer uso de un despido objetivo, la discriminación, indirecta, actuaría entonces por razones de género, conducta a erradicar del ordenamiento jurídico español, que persigue objetivos de conciliación y corresponsabilidad que no han de recaer únicamente en las mujeres, ni siquiera sobre hombres y mujeres trabajadores, y sí en parte sobre la empresa, cuyo papel en la contribución de este logro es trascendental. Es por ello que el Gobierno decide en este RDley la supresión de ese apartado y, por tanto, la imposibilidad de despedir por inasistencias al trabajo, de manera justificada, eliminando asimismo todas las excepciones que eludían este resultado y que, de alguna manera, actuaban en beneficio del trabajador y como límite empresarial impeditivo a su libre actuación.

En cuanto a cuestiones de forma, el Gobierno justifica su proceder en el sentido de que con esta norma no se afecta al contenido intrínseco de ciertos derechos respecto de los cuales la técnica del RDley no podría ser utilizada. El art. 86.1 de la Constitución queda así salvaguardado, por cuanto extinguir objetivamente un contrato por faltas de asistencia al trabajo no incide ni en el derecho al trabajo ni en la libertad de empresa, derechos no fundamentales stricto sensu, pero con clara vinculación con aquellos, sin que su régimen general resulte tampoco afectado.

Una segunda justificación formal surge del hecho de que la normativa europea, más avanzada que este precepto interno en concreto, se posiciona en favor de una protección específica para ciertos colectivos que podrían, de no ser así, verse relegados fuera del mercado laboral. Con este RDley que el Gobierno aprueba, se garantiza el cumplimiento de la normativa europea, en particular de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y, sobre todo, se impide la contradicción que, de otro modo, se derivaría de resoluciones judiciales internas que en unos casos seguirían la línea del TJUE y, en otros, continuarían aplicando el hasta ahora vigente art. 52 d) ET.

En último lugar, la justificación del recurso a la técnica legislativa del RDley, que más que nunca en este supuesto podría generar ciertas dosis de incertidumbre: en realidad, no es una situación nueva y desconocida en el marco jurídico social, pues viene arrastrándose ya desde hace tiempo. Pero hay una novedad a la que al Gobierno decide aferrarse, y es el hecho de que dentro de las diferentes opciones a elegir, como pudiera ser una tramitación parlamentaria como ley, bien por el procedimiento ordinario o por el de urgencia, la utilización del RDley garantiza una derogación normativa

rápida y, enfocada a la adecuación de las previsiones comunitarias al derecho interno español, la aplicación del principio de primacía del Derecho europeo. Si es urgente proceder a tal modificación, porque así lo requiere el principio de seguridad jurídica y la acomodación entre ordenamientos contrapuestos entre sí, esta sería la fórmula idónea para hacerlo, a criterio gubernamental.

María Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca
polo@usal.es