

I. DISPOSICIONES GENERALES

JEFATURA DEL ESTADO

- 2381** *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.*

I

El despido por faltas de asistencia al trabajo regulado en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores es un precepto que legitima el despido objetivo de las personas trabajadoras que incurren en faltas de asistencia al trabajo, tanto justificadas como injustificadas, que superen determinados porcentajes. Aunque todas las faltas injustificadas pueden ser contabilizadas a efectos de aplicar el despido objetivo por faltas de asistencia, las faltas de asistencia justificadas que pueden ser contabilizadas son limitadas, puesto que el propio artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores establece expresamente aquellas que no son admisibles para aplicar esta modalidad de despido. A lo largo de los años el precepto ha ido incorporando nuevas inasistencias que no admiten contabilización a efectos de la aplicación del despido objetivo (suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia, faltas de asistencia vinculadas a la violencia de género, etc.), lo que ha supuesto en la práctica que el supuesto aplicativo del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores haya quedado reducido de hecho a las faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días.

Otras modificaciones normativas operadas en el precepto han tenido también relevancia en la definición del supuesto: hasta el año 2012 se requería para la aplicación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, además de las faltas de asistencia de la persona trabajadora en los porcentajes establecidos, que existiera un cierto nivel de absentismo global en la empresa (5 por ciento). El requisito de cierto volumen de inasistencias de la persona trabajadora (20 o 25 por ciento) y el requisito de cierto volumen de absentismo global de la empresa (5 por ciento, que en algún momento fue del 2,5 por ciento) servía para incorporar el análisis de adecuación y proporcionalidad, que en otros países se constataban por medio del análisis caso por caso. En 2012, en España se eliminó el requisito de existencia de un absentismo general en la empresa de esta causa de despido objetivo. Desde entonces, el despido por faltas de asistencia del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores se aplica en España cuando se alcanzan los porcentajes de faltas de asistencia establecidos, sin que el precepto requiera expresamente que se realice en cada caso juicio de adecuación y proporcionalidad.

En definitiva: la fórmula del despido por faltas de asistencia al trabajo establecido en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores actualmente vigente es un mecanismo que legitima la extinción contractual con derecho a una indemnización reducida en el caso de que existan tanto inasistencias injustificadas como bajas médicas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días de la persona trabajadora que superen determinados porcentajes, refiriéndose estos porcentajes tan solo a la persona trabajadora, y sin que existan en el precepto mecanismos que tengan en cuenta la adecuación y proporcionalidad de la medida extintiva en relación con la situación de la empresa. Debe asimismo tenerse en cuenta que el ordenamiento español ya dispone de mecanismos para asegurar la sanción para la persona que tiene faltas de asistencia injustificadas [artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores].

II

El despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo regulado en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores ha dado lugar recientemente a relevantes pronunciamientos judiciales, tanto por parte del Tribunal Constitucional (Sentencia 118/2019, de 16 de octubre) como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero).

En el fallo de la sentencia dictada en el asunto Ruiz Conejero se establece lo siguiente: «El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente». En esta sentencia el TJUE establece la inadecuación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores a la Directiva 2000/78, por considerar que su formulación puede ser constitutiva de discriminación por razón de discapacidad, a menos que existan cauces de control de adecuación (finalidad de combatir el absentismo) y proporcionalidad (que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad).

III

La cuestión del despido por causa de absentismo es de gran trascendencia porque obliga a confrontar, de un lado, el legítimo interés de la empresa a contar con la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del proyecto empresarial y a no tener que asumir los costes derivados de su falta y, de otro, el derecho de las personas trabajadoras a no ser penalizadas por circunstancias personales de las que no son responsables, como son las relacionadas con la enfermedad.

El despido de personas enfermas no solo entronca con el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, sino que también genera en la persona trabajadora que ve extinguido su contrato una situación de gran vulnerabilidad profesional, personal y social. En este contexto, el actual artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no está sirviendo para dar una adecuada respuesta a la cuestión planteada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre, dictaminó que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no era contrario a la Constitución Española, porque no vulneraba ni el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), ni el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), ni el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2018, dictada en el asunto Ruiz Conejero, estableció que el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no se acomoda a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por atentar al derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad, admitiendo solo con carácter excepcional, limitado y condicionado su aplicación cuando existiera análisis de adecuación y proporcionalidad. En el fallo de la STJUE de 18 de enero de 2018, dictada en el asunto Ruiz Conejero, el Tribunal advierte del carácter discriminatorio del precepto español entendiendo, no obstante, que si el ordenamiento admite mecanismos de control de proporcionalidad y adecuación de la medida, cabría admitir su acomodación a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. En la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plastiques Ibérica, el TJUE volvió de nuevo a establecer que el despido al que se llegara como consecuencia de una situación de bajas médicas reiteradas podía ser constitutivo de discriminación por razón de discapacidad. Pero en esta

sentencia el TJUE estableció, además, que el empresario está obligado a realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo antes de proceder al despido de la persona con discapacidad derivada, entre otros factores, de sus faltas de asistencia al trabajo.

En definitiva, la doctrina del TJUE (en los asuntos Ruiz Conejero y en Nobel Plastiques Ibérica) obliga a que existan mecanismos dirigidos a contraponer y evaluar la situación concreta caso por caso, a efectos de determinar si la medida es proporcionada. Por contra, esta previsión de análisis «ad hoc» no existe en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que se aplica con carácter automático cuando concurren los porcentajes de inasistencia que refiere. La situación generada a partir de la jurisprudencia referida requiere la inmediata corrección normativa a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina establecida por el TJUE.

IV

El despido objetivo tiene como finalidad posibilitar la extinción del contrato laboral a un coste reducido para la empresa cuando concurren una serie de circunstancias que resultan ajenas a la propia empresa y a la persona trabajadora que hacen que el mantenimiento de ésta en su puesto de trabajo resulte desproporcionadamente oneroso para la empresa. A tales efectos el ordenamiento legitima la extinción contractual unilateralmente por parte de la empresa, dando lugar, en beneficio del trabajador, a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades [artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores].

El despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción es una de las manifestaciones del despido objetivo, sin duda la que ha suscitado mayor interés normativo y jurisprudencial. Hay, sin embargo, otras posibles causas de extinción por causas objetivas que no disponen de esta intensa regulación normativa. En la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno la validez de estas causas de extinción contractual se analiza en el contexto del concepto genérico de despido por justa causa (por ejemplo, cause réelle et sérieuse, L-1232-1, del Código de Trabajo francés). Con esta genérica formulación normativa son los tribunales los que llevan a cabo el análisis de justificación y proporcionalidad en atención a la situación concurrente en cada caso. Este es el escenario que el TJUE tuvo en cuenta en la sentencia dictada en el asunto Ruiz Conejero. Sin embargo, otros países, entre los que se encuentra España, regulan específicamente estas otras causas de despido justificado, diferentes del despido por causa económica, técnica, organizativa y de producción, y del despido disciplinario. En el ordenamiento español el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores contempla y regula, además del despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción y del despido por insuficiente consignación presupuestaria, el despido objetivo por ineptitud de la persona trabajadora [artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores], el despido por falta de adaptación [artículo 52.b) del Estatuto de los Trabajadores] y el despido por faltas de asistencia al trabajo [artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores]. A diferencia de la mayoría de los ordenamientos europeos, el ordenamiento español establece, por tanto, un sistema de legitimación del despido objetivo en el que se establecen supuestos concretos y se especifican las circunstancias que deben concurrir para que el despido sea legal.

V

Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta legítimo el interés por disminuir el absentismo en la empresa, pero ello no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta el efecto que puede tener en el colectivo de personas con discapacidad. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras admitir que no puede generalizarse la idea de que un despido por razón de enfermedad constituya despido discriminatorio (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas), matizó que las personas con diversidad funcional pueden tener un volumen de bajas intermitentes de baja duración mayor que las restantes personas asalariadas, por lo que el despido objetivo que se basara en estas faltas de asistencia puede suponer una

discriminación indirecta por razón de discapacidad (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto H.K. Danmark; y de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero).

Pero no solo el despido por absentismo que recae en personas con discapacidad reconocida puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de discapacidad: también en el caso de que el despido objetivo por absentismo recayera en personas con enfermedades de larga duración podría producirse discriminación indirecta por razón de discapacidad. En efecto, las personas con enfermedades de larga duración merecen la misma protección contra el despido injustificado que las que tienen una diversidad funcional reconocida (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi). Consiguientemente, dado que las personas con enfermedades de larga duración pueden ser susceptibles de un mayor volumen de bajas intermitentes de corta duración como consecuencia de la patología de base, el despido objetivo por inasistencia puede, también en este caso, ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de discapacidad.

En definitiva, la legitimación de cualquier despido que pueda recaer con mayor frecuencia en personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración requiere de garantías más intensas de las que actualmente configura el actual artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores porque, tal y como advierte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entra en juego el derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad establecido en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

VI

Hay una razón adicional de gran trascendencia que debe ser también tenida en cuenta: el despido objetivo por faltas de asistencia establecido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores es susceptible de afectar particularmente a las mujeres, dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2013 (Asunto Riezniece) estableció que el trato peyorativo dispensado a las personas que ejercitaran derechos de conciliación puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo si se constata la mayor afectación femenina. Los datos históricos y actuales del Instituto Nacional de Estadística indican que, aunque la participación de los hombres en el cuidado de dependientes ha aumentado, las mujeres siguen siendo las que mayoritariamente asumen las tareas de cuidado de dependientes. Por tanto, un despido objetivo como el establecido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de género.

En un contexto como el actual, en el que faltan todavía mecanismos que garanticen el derecho de las personas a las ausencias por fuerza mayor familiar y en el que, pese a los avances realizados en los últimos meses (Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo), existen obstáculos para la efectiva conciliación de responsabilidades en términos de corresponsabilidad, la figura establecida en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no solo puede servir para legitimar que se expulse del mercado de trabajo a las personas cuidadoras, sino que también está lanzando el mensaje erróneo de que la cuestión de la conciliación recae tan solo en la persona y no en la empresa y en la sociedad. Por ello su inmediata supresión resulta presupuesto imprescindible para la configuración de un nuevo contexto en el que la conciliación y la corresponsabilidad constituyan un referente imprescindible.

En definitiva, el mecanismo establecido en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, entendido como 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.

Adviértase que la ausencia injustificada al trabajo cuenta en nuestro ordenamiento con canales específicos de sanción, entre ellos el despido disciplinario. Resulta injustificada, pues, la existencia de una fórmula extintiva que legitima el despido tanto por ausencias justificadas como injustificadas, cuando ello puede suponer, tal y como ha reconocido el TJUE, una mayor afectación para las personas con discapacidad. Procede, por ello, la inmediata derogación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores a efectos de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas, así como para evitar el riesgo de exclusión social de colectivos de especial vulnerabilidad.

VII

El presente real decreto-ley respeta los límites materiales establecidos en el artículo 86.1 de la Constitución Española. Por un lado, se trata de una reforma puntual que incide únicamente en un precepto del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no lleva a cabo una regulación del régimen general de los derechos reconocidos en el título I CE. Por otro lado, el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo no contraría el contenido o los elementos esenciales de ninguno de estos derechos (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7).

Más concretamente, el presente real decreto-ley no supone una «afectación» en el sentido constitucional del término, ni del derecho al trabajo del artículo 35 CE, ni de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE. No se ha franqueado el límite material que al decreto-ley impone el artículo 86.1 CE respecto de estos derechos porque no regula el régimen general de tales derechos, ni el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo se configura como uno de sus elementos esenciales.

Respecto del supuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad establecido en el artículo 86.1 CE, el contenido del real decreto-ley se fundamenta en motivos objetivos y de oportunidad política que requieren su aprobación inmediata. En primer lugar, la presente norma garantiza el cumplimiento de la normativa de la Unión Europea y, en concreto, 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, cumpliendo así con el principio de primacía del derecho europeo. Además, asegura la adecuada e inmediata traslación al ordenamiento jurídico español de lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 18 de enero de 2018, que admite solo con carácter excepcional, limitado y condicionado la aplicación del artículo 52.d) del Estatuto de Trabajadores y la supedita a un análisis específico de adecuación y proporcionalidad.

En segundo lugar, la derogación de este precepto por el presente real decreto-ley responde a la necesidad imperativa de evitar que se produzcan más resoluciones judiciales a nivel interno que resulten contradictorias entre sí. En la actualidad, algunos órganos judiciales interpretan el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores conforme a la normativa y la jurisprudencia europeas, en tanto que otros se limitan a aplicar el porcentaje previsto en el citado precepto sin sujetarlo a un juicio de adecuación y proporcionalidad. Así, en aras de la defensa del principio de seguridad jurídica constitucionalmente reconocido, este real decreto-ley clarifica los términos de la cuestión y evita que, en un futuro, se dicten resoluciones judiciales internas contrarias al espíritu y finalidad de la norma europea y de la interpretación dada por el TJUE al artículo 2.2.b), inciso i) de la Directiva.

En tercer lugar, la presente norma tiene el claro objetivo de evitar que se produzcan, como consecuencia de la aplicación del precepto que ahora se deroga, discriminaciones directas o indirectas para colectivos especialmente vulnerables que se encuentran en alto riesgo de exclusión profesional y social (por ejemplo, por razón de discapacidad o género).

En definitiva, la extraordinaria y urgente necesidad de aprobar el presente real decreto-ley se inscribe en el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3) y esta decisión, sin duda, supone una ordenación de prioridades políticas de actuación (STC, de 30 de

enero de 2019, Recurso de Inconstitucionalidad núm. 2208-2019), centradas en el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos especialmente vulnerables de nuestra sociedad.

Los motivos de oportunidad que acaban de exponerse demuestran que, en ningún caso, el presente real decreto-ley constituye un supuesto de uso abusivo o arbitrario de este instrumento constitucional (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5). Al contrario, todas las razones expuestas justifican amplia y razonadamente la adopción de la presente norma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3).

La inmediatez de la entrada en vigor de este real decreto-ley resulta también oportuna, puesto que otra alternativa requeriría de un plazo muy superior en el tiempo. Esta acción normativa urgente asegura la derogación legal en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia (SSTC 68/2007, FJ 10, y 137/2011, FJ 7).

La circunstancia de que la situación a la que quiere hacerse frente venga produciéndose desde la reforma laboral acometida en el año 2012 no impide al Gobierno usar, en este momento, la legislación de urgencia. La valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de esta medida es independiente de que tenga su origen en la previa inactividad del Gobierno (que, por otra parte, estuvo en funciones desde marzo de 2019 hasta enero de 2020). El dato relevante no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la presente legislación de urgencia, cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren (STC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6). A mayor abundamiento, la Sentencia del TJUE de 2018 añadió una nueva razón a la necesidad de aprobar el presente real decreto-ley: a los motivos de garantizar el principio de seguridad jurídica a nivel interno y de proteger a los colectivos discriminados por razón de discapacidad o género, se añadió la reciente exigencia de cumplir con la interpretación dada por el TJUE con ocasión de enjuiciamiento del precepto que ahora se deroga.

Existe la necesaria conexión entre la situación de urgencia expuesta y la medida concreta adoptada para subvenir a ella. Resulta clara la necesidad de derogar el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores para erradicar la situación susceptible de generar discriminaciones, inseguridad jurídica e incumplimiento de las obligaciones derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3; 137/2003, de 3 de julio, FJ 4).

Finalmente, la satisfacción del objetivo perseguido por esta reforma requiere, sin duda, la aprobación de una disposición con rango de ley, pues se trata de una previsión recogida en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

VIII

Este real decreto-ley se dicta de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas.

Este real decreto-ley es coherente con los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El real decreto-ley da cumplimiento a los principios de necesidad y eficacia y es acorde al principio de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible para la consecución de los objetivos previamente mencionados. Igualmente se ajusta al principio de seguridad jurídica. En cuanto al principio de transparencia, no se ha realizado el trámite de consulta pública, ni el trámite de audiencia e información públicas, tal y como excepciona el artículo 26.11 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En su virtud, en uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución, a propuesta de la Ministra de Trabajo y Economía Social, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 18 de febrero de 2020,

DISPONGO:

Artículo único. *Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.*

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.

Disposición final primera. *Título competencial.*

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 18 de febrero de 2020.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,
PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN