**LEY 1/2020, DE 15-7, POR LA QUE SE DEROGA EL DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 52.D) DEL E.T. (BOE 16-7)**

**PREÁMBULO**

**I**

El despido por faltas de asistencia al trabajo regulado en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (E.T.) 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 E.T. 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 E.T. haya quedado reducido de hecho a las faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de duración inferior a 20 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 E.T., 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 %). El requisito de cierto volumen de inasistencias de la persona trabajadora (20 o 25 %) y el requisito de cierto volumen de absentismo global de la empresa (5 %, que en algún momento fue del 2,5 %) 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 E.T. 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 artículo 52.d) del E.T. 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 20 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 E.T.).

**II**

El despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo regulado en el artículo 52.d) del E.T. ha dado lugar recientemente a relevantes pronunciamientos judiciales, tanto por parte del TC ([**Sentencia de 16-10-2019**](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-16727)) como del TJUE ([**Sentencia de 18-1-2018**](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198527&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6697542)).

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 27-11-2000***](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357)*, 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 este 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».*

*Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27-11-2000*

*Artículo 2. Concepto de discriminación.*

*1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.*

*2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:*

*b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:*

*i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios;*

En esta sentencia el TJUE establece la inadecuación del artículo 52.d) del E.T. 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 E.T. no está sirviendo para dar una adecuada respuesta a la cuestión planteada.

La Sentencia del TC 118/2019, de 16-18, dictaminó que el artículo 52.d) del E.T. no era contrario a la Constitución, 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 TJUE, de 18-1-2018, dictada en el asunto Ruiz Conejero, estableció que el artículo 52.d) del E.T. no se acomoda a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27-11-2000, 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 18-1-2018, 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 27-11-2000. En la **Sentencia del TJUE de 11-9-2019**, 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 E.T., 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 esta 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 20 días de salario por año de servicio con el límite de 12 mensualidades (artículo 53.1.b) del E.T.).

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 E.T. 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 E.T.), el despido por falta de adaptación (artículo 52.b) del E.T.) y el despido por faltas de asistencia al trabajo (artículo 52.d) del E.T.). 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 TJUE 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 TJUE, tras admitir que no puede generalizarse la idea de que un despido por razón de enfermedad constituya despido discriminatorio ([**Sentencia del TJUE de 11-7-2006**](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56459&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6685933), 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 TJUE de [**11-4-2013**](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=029FB2856AC61DB29A108C1A8205505A?text=&docid=136161&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9730606), asunto H.K. Danmark; y de 18-1-2018, 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 TJUE de 1-12-2016**) 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 E.T. porque, tal y como advierte el TJUE, entra en juego el derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad establecido en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27-11-2000.

**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 E.T. 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 TJUE de 20-6-2013**](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138696&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9731301) (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 E.T. 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 1-3**), existen obstáculos para la efectiva conciliación de responsabilidades en términos de corresponsabilidad, la figura establecida en el artículo 52.d) del E.T. 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 E.T., entendido como procedimiento de aplicación automática que no permite el juicio de adecuación y proporcionalidad requerido por la jurisprudencia del TJUE, 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 E.T. 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**

La presente Ley procede del Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del E.T.. Dicho Real Decreto-ley respetó los límites materiales establecidos en el artículo 86.1 de la Constitución. Por un lado, se trataba de una reforma puntual que incidía únicamente en un precepto del E.T., por lo que no llevaba 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.

Más concretamente, el citado Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, no supuso 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 franqueó el límite material que al decreto-ley impone el artículo 86.1 CE respecto de estos derechos porque no se regulaba el régimen general de tales derechos, ni el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo se configura como uno de sus elementos esenciales.

En segundo lugar, la derogación de este precepto por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, respondía a la necesidad imperativa de evitar que se produjeran más resoluciones judiciales a nivel interno que resultasen contradictorias entre sí. Se daba la circunstancia de que algunos órganos judiciales interpretaban el artículo 52.d) del E.T. conforme a la normativa y la jurisprudencia europeas, en tanto que otros se limitaban 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, el Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, clarificó los términos de la cuestión para evitar que, en un futuro, se dictaran 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, el Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, tenía el claro objetivo de evitar que se produjeran, como consecuencia de la aplicación del precepto que se derogaba, 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 Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, se inscribía en el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y esta decisión, sin duda, suponía una ordenación de prioridades políticas de actuación (, 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 Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, constituyó un supuesto de uso abusivo o arbitrario de este instrumento constitucional. Al contrario, todas las razones expuestas justifican amplia y razonadamente la adopción del citado Real Decreto-ley.

La inmediatez de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, resultaba también oportuna, puesto que otra alternativa hubiera requerido de un plazo muy superior en el tiempo. Esta acción normativa urgente aseguró 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.

La circunstancia de que la situación a la que quería hacerse frente viniera produciéndose desde la reforma laboral acometida en el año 2012 no impide que el Gobierno usara, en aquel momento, la legislación de urgencia. La valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de esta medida es independiente de que la misma tuviera 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 justificaron la legislación de urgencia, cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurrían. A mayor abundamiento, la Sentencia del TJUE de 2018 añadió una nueva razón a la necesidad de aprobar el Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2: 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 se derogaba.

Existía la necesaria conexión entre la situación de urgencia expuesta y la medida concreta adoptada para subvenir a ella. Resultaba clara la necesidad de derogar el artículo 52.d) del E.T. para erradicar la situación susceptible de generar discriminaciones, inseguridad jurídica e incumplimiento de las obligaciones derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea.

Finalmente, la satisfacción del objetivo perseguido por esta reforma requería, sin duda, la aprobación de una disposición con rango de ley, pues se trataba de una previsión recogida en el E.T..

**VIII**

La presente Ley se dicta de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.7.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CC.AA..

**Artículo único**. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (E.T.)

Queda derogado el apartado d) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del E.T., aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23-10.

**Disposición derogatoria única.**

Queda derogado el Real Decreto-ley 4/2020, de 18-2, 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 E.T

**Disposición final primera**. Título competencial.

Esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CC.AA..

**Disposición final segunda**. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor el 17-7, día siguiente al de su publicación en el BOE.