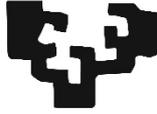


eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

FACULTAD DE DERECHO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR ABSENTISMO LABORAL

**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 52 APARTADO D) DEL
ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

CURSO ACADÉMICO 2016-2017

Trabajo realizado por: IZASKUN EGUIBAR GONZÁLEZ

Dirigido por: JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN

DONOSTIA, 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	pág.5
CAPÍTULO I: TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ABSENTISMO LABORAL	pág.8
1.1. Ley de Contratos de Trabajo de 1931	pág.8
1.2. Real Decreto-Ley 17/1977	pág.9
1.3. Ley 8/1980	pág.10
1.4. Real Decreto Legislativo 1/1995.....	pág.12
1.5. Reformas específicas.....	pág.12
1.6. Ley 35/2010	pág.13
1.7. Real Decreto-ley 3/2012	pág.14
1.8. Real Decreto Legislativo 2/2015.....	pág.14
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 52.D DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	pág.15
2.1. Artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.....	pág.15
2.2. Requisitos para la extinción del contrato por absentismo.....	pág.16
2.2.1. Ausencias al trabajo.....	pág.16
2.2.2. Justificadas	pág.17
2.2.3. Intermitentes	pág.17
2.2.4. Superen el porcentaje exigido	pág.18
2.2.5. Ausencias justificadas no computables	pág.18
a) Huelga legal.....	pág.19
b) Ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores.....	pág.19
c) Accidente de trabajo	pág.19
d) Maternidad; riesgo durante el embarazo y lactancia; enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia; y paternidad	pág.19
e) Licencias y vacaciones	pág.19
f) Enfermedad o accidente no laboral	pág.21
g) Violencia de género	pág.21
h) Tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave	pág.22

CAPÍTULO III: PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE ESTA CAUSA DE DESPIDO

OBJETIVO pág.23

- 3.1. Cuestiones interpretativas del artículo 52 apartado d),
 - párrafo primero pág.23
 - 3.1.1. Lugar donde deben producirse las ausencias pág.23
 - 3.1.2. Inclusión o no de la impuntualidad pág.23
 - 3.1.3. Ausencias intermitentes que tienen su origen
en la misma enfermedad..... pág.24
 - 3.1.4. Acumulación o no de las ausencias injustificadas
a las justificadas para completar el porcentaje
exigido por la norma..... pág.25
 - 3.1.5. Acumulación o no de las ausencias anteriormente
sancionadas y/o prescritas para completar el
porcentaje exigido por la norma pág.27
 - 3.1.6. Término jornada hábil..... pág.28
 - 3.1.7. Cómputo del tiempo pág.29
 - 3.1.8. El porcentaje exigido pág.29
 - 3.1.9. Cómputo de los meses..... pág.30
 - 3.1.10. Retroactividad o irretroactividad de la norma pág.31
- 3.2. Cuestiones interpretativas del artículo 52 apartado d),
 - párrafo segundo pág.32
 - 3.2.1. Cuestiones interpretativas de las ausencias
justificadas no computables pág.32
 - a) Huelga legal..... pág.32
 - b) Ejercicio de actividades de representación
legal de los trabajadores..... pág.33
 - c) Accidente de trabajo pág.33
 - d) Maternidad; riesgo durante el embarazo
y lactancia; enfermedades causadas por
el embarazo, parto o lactancia; y paternidad..... pág.34
 - e) Licencias y vacaciones pág.34
 - f) Enfermedad o accidente no laboral pág.35
 - g) Tratamiento médico de cáncer o
enfermedad grave..... pág.35
 - 3.2.2. Ausencias justificadas no computables,
¿Taxativas o enumerativas? pág.38

CAPÍTULO IV: INTERVENCIÓN DEL FOGASA	pág.40
CONCLUSIONES	pág.45
BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN	pág.49

INTRODUCCIÓN

“En el año 2011, España era uno de los países con mayor tasa de absentismo laboral, 3'9%, siendo el País Vasco la Comunidad Autónoma con la tasa más elevada, 5%.”¹

Si bien las causas de extinción del contrato de trabajo se encuentran recogidas en el artículo 49 del 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, el presente trabajo se centra en la extinción establecida en su apartado L), por causas objetivas, desarrolladas posteriormente en el artículo 52 apartado D) del mismo texto normativo.

La extinción del contrato por causas objetivas, a diferencia del despido, se caracteriza por no existir un comportamiento culpable y responsable del trabajador que produce el incumplimiento del contrato y puede tener su origen en circunstancias, tanto de carácter técnico, organizativo y económico de la empresa, como en aquellas directamente relacionadas con el trabajador.

Entre estas últimas encontramos la ineptitud, falta de adaptación y absentismo laboral. El motivo de ineptitud del trabajador para proceder a la extinción del contrato, engloba tanto la conocida, como la acaecida inesperadamente durante la realización de su trabajo, quedando exceptuada la utilización de éste motivo extintivo cuando la ineptitud se conoce en un momento previo al período de prueba. Las razones más comunes por las que el trabajador se ve inmerso en esta causa son la insuficiente preparación o pérdida de aptitudes que influyen de manera directa y gravemente en la realización del trabajo. Por falta de adaptación se entiende aquella situación donde, tras avances técnicos en el trabajo, el trabajador no puede acomodarse y seguir el ritmo que éstos exigen. Sin embargo, en estos casos, el empresario está obligado a proporcionar previamente un curso para ayudar a la adaptación de los trabajadores ante estas innovaciones.

Finalmente, está la causa del absentismo que va a ser nuestro objeto de estudio. Si bien en la práctica, esta forma de extinción del contrato es una de las menos utilizadas y más polémicas, tiene su origen en la inasistencia por parte del trabajador, situación por la que las empresas ven afectado el ejercicio de su actividad diaria. Este perjuicio que soporta la empresa se ve reflejado tanto en su vertiente económica, bien por el pago de una indemnización al trabajador, bien por la posible contratación de un sustituto para realizar el trabajo pendiente; como en su vertiente

¹SÁNCHEZ-ROBLES RUTE, B., GUADA PRADA, J., GALLIFA IRUJO, A.M.: Informe jurídico sobre absentismo. ADECCO, Madrid, de 28 de enero de 2016, pág. 46

interna, por ser una causa que influye en el ambiente laboral, que a su vez, repercute en la productividad de la empresa.

Con el objetivo de emplear con una mayor asiduidad este tipo de extinción del contrato, el absentismo, ha sido regulado en diferentes textos normativos. Sin embargo, y, a pesar de las intenciones del legislador, éstas no han dilucidado todas aquellas cuestiones necesarias para su efectiva puesta en práctica.

De lo señalado cabe decir que, son diversos los motivos que llevan a afirmar la dificultad de empleo de esta modalidad de extinción del contrato laboral, entre los cuales se encuentran la falta de limitación y precisión del concepto de absentismo y las dudas o vacíos interpretativos que la misma norma lleva consigo.

Por este motivo, el presente estudio, persigue un triple objetivo. En primer lugar, esclarecer los vacíos legales resueltos por la doctrina y/o jurisprudencia, no siempre coincidentes y dejar constancia de la existencia de cuestiones para las cuales aún no existe respuesta; en segundo, extraer ideas sobre la necesidad de regulación y/o utilidad de esta regulación; y finalmente, recoger posibles medidas para su gestión y mejora.

Para conocer la motivación de la regulación de la norma, junto con sus consecuencias, el presente trabajo comienza con el tratamiento jurídico del absentismo, donde se desarrollan los antecedentes reguladores y la actual redacción del precepto.

Tras el desarrollo histórico-normativo de dicho concepto, en el segundo bloque del trabajo, se procede, en primer lugar, a un análisis general del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, concretamente de su apartado D), con la finalidad de aclarar los requisitos necesarios para la validez de este tipo de extinción de contrato, además de señalar cuáles son las ausencias justificadas no computables en ningún caso.

Los problemas de aplicación de esta causa de despido objetivo trabajados en el tercer capítulo, desarrollan, tanto las cuestiones interpretativas a las que da lugar el primer párrafo del artículo en cuestión, como el segundo. En este segundo, las cuestiones encuentran diferentes respuestas que han dado la doctrina y la jurisprudencia, dejando constancia de que la jurisprudencia, en la mayoría de los casos, apoya y refuerza lo señalado por la doctrina. Aunque al comienzo del estudio, en el primer bloque, se señalan de una manera superficial qué ausencias justificadas no son computables para calcular el absentismo, es ahora cuando se ponen de

manifiesto las dudas interpretativas que éstas suscitan, así como su plasmación a la realidad a través del desarrollo jurisprudencial.

Como última cuestión a analizar, se hace una breve mención al Fondo de Garantía Salarial, por entender que este organismo si bien, tal y como se verá más adelante, interviene en este tipo de extinción de contrato, no se ve del todo clara su puesta en práctica debido a sus recientes reformas.

Por último, las conclusiones finales que dejan entrever las consecuencias de la redacción y utilización de esta modalidad extintiva, además de proponer posibles medidas de gestión del absentismo para hacerla más efectiva.

1. CAPÍTULO PRIMERO: TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ABSENTISMO LABORAL

Hoy en día, el absentismo laboral, viene regulado 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. Sin embargo, es conveniente conocer los antecedentes reguladores y reformas que se han producido a lo largo de los diferentes textos normativos.

1.1. Ley de Contratos de Trabajo de 1931

La Ley de Contratos de Trabajo de 1931, sin regular el absentismo como tal, contemplaba la idea de que no todas las ausencias del trabajador desembocaban en un despido disciplinario, por entender que, en ocasiones, esa inasistencia no era culpable, elemento necesario en este tipo de despido. A esta idea hacían referencia los artículos 80, 89 y 90 del mismo.

En primer lugar, el artículo 80, establecía qué ausencias del trabajador a su puesto de trabajo, previo aviso, no conllevaban la extinción contractual, manteniendo además, su derecho a percibir el salario correspondiente. Estos supuestos eran textualmente:

- “1. Por tiempo que no excediera de una jornada de trabajo en los casos de: muerte o entierro de padre o abuelo, hijo o nieto, cónyuge o hermano; enfermedad grave de padres, hijos o cónyuges y alumbramiento de esposa.
2. Por el tiempo indispensable en el caso de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público, impuesto por la ley o disposición administrativa”.

En segundo lugar, el artículo 89, regulaba en qué casos se podía proceder a la extinción del contrato de trabajo, estableciendo en su apartado sexto la posibilidad de un despido justificado. Sin embargo, en él, se contemplaban únicamente las faltas de asistencia al trabajo que fueran repetidas pero injustificadas, por lo que no hacía referencia a aquellas que sí lo estaban.

Además, los artículos 90 y 91 del mismo texto normativo, redactaban las situaciones donde el contrato no podía cesar en ningún caso; esto es: cuando se produjera la cesión, traspaso o venta de la industria, o por ausencias con motivo de:

accidente, enfermedad, servicio militar, ejercicio de cargos públicos, descanso por alumbramiento, huelga o cierre patronal.

Se puede apreciar que los supuestos que imposibilitaban el cese del contrato de trabajo van a ser el sustento en las posteriores normativas como límite de la extinción de contrato por absentismo laboral.

1.2. Real Decreto-Ley 17/1977

Es el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, el primer documento jurídico que previó el despido por faltas de asistencia al trabajo estando éstas justificadas y, por tanto, distinguió entre el despido disciplinario y el despido por circunstancias objetivas, bien fueran debidas a la capacidad profesional del trabajador, bien a la necesidad de funcionamiento de la empresa en los artículos 39 a 49. En ella, se recogieron por primera vez las circunstancias de falta de adaptación del trabajador y la necesidad de amortizar un puesto de trabajo, y se “recreó la causa disciplinaria de ausencia al trabajo mediante la creación de una subespecie de índole menor de género de despido disciplinario por faltas justificadas de asistencia al trabajo”².

Los requisitos para estar ante un despido por circunstancias objetivas se encontraban recogidos en el artículo 39, donde se exigía que las faltas de asistencia al trabajo tenían que ser “intermitentes, sobrepasar el 30% de jornada laboral anual y no ser consecuencia de un accidente o una enfermedad que diera lugar a una incapacidad de larga duración”³; además de justificadas.

Desde entonces, se entendió que esta causa extintiva “pretendía luchar únicamente contra la excesiva morbilidad en el trabajo, entendida ésta como la proporción de personas que enfermaban en un determinado sitio y período de tiempo”⁴.

En este sentido, se dedujo, que este precepto no iba dirigido contra cualquier tipo absentismo laboral, sino solo contra aquel que tenía como origen una enfermedad que, además, era breve y complicada de verificar. Y, como consecuencia, “podría afirmarse que no era una causa relacionada con la aptitud del trabajador ni con las

²ARIAS DOMÍNGUEZ, A: El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 57

³Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, artículo 39

⁴DURÁN LÓPEZ, F.: "El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido". Revista de Política Social, número 117,1987, pág. 96 y 97

necesidades de la empresa, sino una circunstancia que se correspondía con una actitud personal del trabajador hacia el trabajo mismo”⁵.

1.3. Ley 8/1980

Posteriormente, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, continuó regulando este tipo de despido objetivo denominándolo “extinción del contrato por causas objetivas”, aprobándose con ella el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Este texto normativo, además de establecer los supuestos que daban lugar a la extinción del contrato, fijó el término “despido” únicamente para el disciplinario, es decir, para aquel cese de contrato de trabajo en el que interviniera el incumplimiento grave y culpable del trabajador, y el de “extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, donde no interviniese ninguna actitud culpable ni persona responsable a la cual se le pudiera reprochar un comportamiento para la extinción del mismo, distinción que se conserva en la actualidad.

A diferencia del Real Decreto-Ley 17/1977, la Ley en cuestión, tenía como objetivo “luchar contra cualquier tipo de absentismo, y no sólo contra el producido por morbilidad excesiva del trabajador, por lo que, el objetivo, era poner fin a la excesiva onerosidad sobrevenida para el empresario, de lo que se deducía que el bien jurídico protegido de la norma era la productividad de la empresa”⁶, fundamento que se mantiene hoy en día.

En ésta se establecían tres requisitos para la validez de la extinción del contrato por causas objetivas.

El primero de ellos supuso un cambio respecto a la anterior normativa, ya que a partir de este momento, en lugar de tener que superar las ausencias un 30% de la jornada laboral anual, pasa a ser suficiente la superación de la misma en un 20% en dos meses consecutivos, o en un 25% en cuatro meses no consecutivos en un intervalo de doce meses.

El segundo requisito era un elemento novedoso, el cual exigía un índice de absentismo de la plantilla del centro de trabajo del 5% para la extinción del contrato por esta causa objetiva. Se incluía este porcentaje “como requisito necesario con el objetivo de dar opción al empresario al cese de un contrato al suponer que, ese

⁵ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L. M.; JUANIZ MAYA, J. R.; LÓPEZ GANDÍA, J.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., y SALA FRANCO, T.: Nueva regulación de las relaciones de trabajo. Cosmos, Valencia, 1977, pág. 75

⁶DURÁN LÓPEZ, F.: “La excesiva morbilidad como causa del despido”. Revista española de derecho del trabajo, número 6, 1981, pág. 226

porcentaje de absentismo global de la plantilla, llevaba implícito una disfunción importante para su negocio que acarreaba tanto costes directos, como indirectos que perjudicaban gravemente al empresario”⁷.

La última de las tres modificaciones consistía en una lista de casos que la Ley dejaba fuera de este tipo de extinción del contrato por entender que ciertas ausencias justificadas no podían ser computables para calcular el absentismo, aunque el porcentaje de las mismas quedara subsumido dentro del primer requisito por superar los porcentajes exigidos. Entre las ausencias excluidas para el cómputo del absentismo laboral se encontraban en su artículo 52 apartado d) aquellas producidas por: huelga legal, ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias, vacaciones y enfermedad o accidente no laboral, éste último supuesto cuando el período de ausencias no durara más de 20 días consecutivos.

Sin embargo, el Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, sobre los motivos de despido objetivo, no quedó libre de críticas y se presentaron diferentes enmiendas, de las cuales, a continuación, se mencionan algunas de ellas.

El diputado Bandrés Molet solicitó en una de ellas la supresión del texto del proyecto por entender que esta causa de despido objetivo, que lo que pretendía era minimizar el absentismo, iba a provocar el efecto contrario. Para ello, alegaba que “el trabajador que conociera la legislación, iba a resolver por el procedimiento de alargar si era preciso esa enfermedad y, por el contrario, aquel trabajador que no conociera la normativa, aunque estuviera realmente enfermo, iba a recibir la baja y sería válidamente despedido”⁸. Por lo tanto, consideraba que se trataba de un aliciente para que el trabajador procediera a la dilatación de su enfermedad para impedir el cese del contrato.

A favor del proyecto en cuestión, encontramos al Señor Álvarez Pedreira quien defendía el porcentaje de absentismo del 5% de la plantilla “por considerar que éste tenía su origen en que si se alcanzaba ese absentismo en la empresa, según estudios y estadísticas, había una situación de auténtica emergencia y era necesario la previsión de una medida, no de carácter obligatoria, sino una posible medida para que

⁷ALEMÁN PÁEZ, F.: Curso de Derecho del Trabajo I.: La relación individual de Trabajo. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 691

⁸Repertorio de enmiendas parlamentarias al Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores. Trabajos parlamentarios, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980,pág. 833

ese empresario defendiera su empresa, adoptando las soluciones que permitieran la no continuidad de la emergencia y la salvación de la empresa”⁹.

Tras las enmiendas, el texto del Proyecto de Ley no sufrió demasiados cambios, realizándose los siguientes.

El primero de ellos respecto de período de “dentro de un año” que establecía el Proyecto, se decidió establecer “dentro de un período de doce meses” en la Ley.

La segunda, eliminó el cierre patronal como causa de exclusión para el cese del contrato laboral, aunque añadió en su lugar los supuestos de ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores y el accidente no laboral.

A la hora de redactar la Ley, “se mantuvo finalmente la referencia del porcentaje de absentismo global de la empresa porque se entendía que sin él, en ocasiones, podía resultar injusto a nivel individual, recalando con ello que lo que singularmente quería sancionarse era el absentismo global”¹⁰.

1.4. Real Decreto Legislativo 1/1995

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, conservó los elementos característicos de la extinción del contrato por causas objetivas, en este caso, por absentismo laboral, sin realizar ninguna modificación.

1.5. Reformas específicas

Muchas de las reformas posteriores, sin alterar los requisitos para la procedencia de la extinción del contrato, han añadido ausencias justificadas no computables para el cálculo del absentismo. Tales como la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; o, el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Cada uno de estos textos normativos ha añadido un supuesto de excepción, por lo que queda excluida para el cómputo del absentismo toda ausencia que se dé por: riesgo durante el embarazo y las

⁹Repertorio de enmiendas parlamentarias al Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores. Trabajos parlamentarios, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, págs. 1243-1244

¹⁰SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Pre e intrahistoria del Estatuto de los Trabajadores”. Revista española de derecho del trabajo, número 100, 2000, pág. 30

enfermedades causadas por el mismo, parto o lactancia; faltas que tengan su origen en un acto de violencia de género; y, bajas de paternidad, respectivamente.

1.6. Ley 35/2010

Es la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la que modificó el porcentaje del 5% que se requería de absentismo de la plantilla, disminuyéndolo al 2'5% necesario. Aunque “ese porcentaje no se suprimió, disminuyó por considerarse que los niveles globales de absentismo que soportaba eran altos, presumiéndose en este punto que ello le acarrea una disfunción o perjuicio importante para el normal funcionamiento de la empresa”¹¹.

Frente a este nuevo porcentaje se suscitaron varios problemas.

El primero de ellos que éste no se fijó teniendo en cuenta las características y el tamaño de cada empresa, ya que un mismo porcentaje no afecta de la misma manera a todas, es decir, que el absentismo del 2'5% de la plantilla en una pequeña empresa afecta de forma diferente a su funcionamiento, organización y productividad, que el mismo porcentaje en una gran empresa.

El segundo inconveniente que planteaba era la consecuencia del cambio que se produjo en el porcentaje, ya que si bien el 5% necesario de la plantilla dificultaba la utilización de esta forma extintiva, el 2'5% podía ser considerado una facultad para el empresario para poder extinguir los contratos más fácilmente. En este sentido, la doctrina se pronunció, aunque de forma contradictoria. Mientras ciertos autores calificaban esta modificación de forma positiva “por considerar que esta disminución del porcentaje dotaba de mayor operatividad a una causa extintiva en desuso, precisamente por las dificultades halladas por las empresas para probar el cumplimiento de los niveles de absentismo exigidos por la norma”¹²; otros lo veían desde una perspectiva negativa, ya que sólo servía para favorecer una mayor flexibilidad y, por tanto, disposición del empresario finalizar más fácilmente con la relación laboral¹³.

¹¹MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: “El despido del trabajo por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales”. Revista internacional de Organizaciones, número 8, junio 2012, pág.38

¹²ALZAGA RUIZ, I.: “El absentismo del trabajador como causa del despido objetivo”. Revista española de derecho del trabajo, número 150, 2011, pág. 403

¹³*Ibid*, pág. 404

1.7. Real Decreto-ley 3/2012

Entre las reformas más destacables encontramos las realizadas a partir del año 2012.

El Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que posteriormente da lugar a la Ley 3/2012, eliminó el porcentaje del 2'5 necesario de absentismo de la plantilla de la empresa para proceder a la extinción del contrato, por lo que, el absentismo no iba a ser visto desde una perspectiva colectiva donde era necesario un mínimo de la plantilla, sino individual. La supresión de este requisito se fundamentaba en la finalidad del absentismo, ya que si ésta no era otra que el empresario prescindiera de un trabajador si éste no acudía de manera intermitente a su puesto de trabajo y evitar así la excesiva onerosidad sobrevenida para el empresario, no hubiera tenido mucho sentido que ese despido hubiese dependido de la plantilla del centro de trabajo. Teniendo en cuenta a GARCÍA FERNÁNDEZ, “la motivación de fondo de esta causa era proteger el resultado último que cabía esperar en la prestación de un trabajador, que se perdía por la forma en que se efectúa la prestación, jalonada por las interrupciones”¹⁴.

Esta mejora impedía, además, “que la existencia de un bajo nivel de absentismo colectivo se convirtiese en un salvaconducto para la minoría de trabajadores con elevados índices de ausencias”¹⁵.

Esta Ley del 2012 añadía también la ausencia por tratamiento de cáncer o enfermedad grave como un supuesto de exclusión para la extinción del contrato por absentismo.

1.8. Real Decreto Legislativo 2/2015

A partir de éste texto normativo quedan plasmados en el artículo 52 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, los vigentes requisitos para poder proceder a la extinción del contrato laboral por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, los cuales van a ser desarrollados en el presente estudio.

¹⁴GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “El rendimiento debido en la relación de trabajo”. Revista española de derecho del trabajo, número 3, 1980, pág. 392

¹⁵RAMOS MORAGUES, F.: “El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral del 2012”. http://www.elderecho.com/laboral/absentismo-laboral-despido-objetivo-reforma_11_538930001.html

2. CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 52.D DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

2.1. Artículo 52 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores

El actual artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores regula la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, estableciendo en su apartado d) textualmente:

“El contrato podrá extinguirse:

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”¹⁶.

Éste hace referencia al absentismo como “cauce para la extinción del contrato, ya que el argumento central por el que se permite la extinción del contrato en estas circunstancias, se relaciona con la excesiva onerosidad sobrevenida que le supone al empresario contar en su plantilla con un trabajador que, intermitentemente pero de

¹⁶Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 52.d)

forma reiterada, deja de acudir al trabajo”¹⁷. En él se establecen los siguientes requisitos para su validez.

2.2. Requisitos para la extinción del contrato por absentismo

2.2.1. Ausencias al trabajo

Las ausencias al trabajo pueden ser calificadas de distinta índole.

En primer lugar, la falta de asistencia al trabajo puede desembocar en un despido disciplinario regulado en el artículo 54 apartado segundo del Estatuto de los Trabajadores, siempre que ésta sea repetida e injustificada, y por tanto, tenga un componente de culpabilidad por parte del trabajador.

En segundo lugar, puede tratarse de faltas permitidas por el Ordenamiento Jurídico, por lo que no dan lugar al incumplimiento contractual ni a su extinción, como son aquellas recogidas en los artículos 37 apartado tercero, 38 y del 45 al 48 del Estatuto de los Trabajadores, además de las reguladas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

El tercer tipo de ausencias contempladas son las que interesa este trabajo, es decir, aquellas que pueden producir la extinción del contrato de trabajo aun estando justificadas. En este sentido, la extinción se producirá siempre y cuando existan ausencias al trabajo, es decir, faltas de asistencia al mismo que provocan absentismo laboral.

Por absentismo, entiende la Real Academia Española aquella “abstención deliberada de acudir al lugar donde se cumple una obligación” o “abandono habitual del desempeño de funciones y deberes propios de un cargo”. La definición que proporciona la Organización Internacional del Trabajo del absentismo es “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir”. Por lo que, el absentismo, se produce en “aquella situación donde el trabajador ha dejado de acudir al trabajo por una circunstancia personal que sólo a él afecta, pero que puede justificar verosímilmente y la empresa experimenta un daño causado por dicha

¹⁷ALZAGA RUIZ, I.: “Extinción del contrato de trabajo por faltas justificadas de asistencia: cálculo de los índices de absentismo tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”. Revista de información laboral, número 3, 2015, pág. 348

ausencia (excesiva onerosidad sobrevenida) que de reiterarse en el tiempo consiente la extinción causal de la relación laboral¹⁸.

2.2.2. Justificadas

Es el trabajador quien debe acreditar aquella situación que le impide acudir a su puesto de trabajo. En el caso de tratarse de un tema de salud, respecto al parte de baja que debe entregar al empresario, éste debe ser oficial, además de la necesidad de su ratificación en caso de acudir a juicio. Si no es un documento oficial otorgado por un organismo autorizado para ello, se considera una ausencia injustificada, lo que podría desembocar en un despido disciplinario.

En cuanto a la ratificación del parte de baja en juicio, puede ser requisito invalidante del mismo, tal como sucede en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2005, (Rec. 2901/2004), donde, aunque se incorpora como prueba, se desestima el informe de una psicóloga en el cual consta que la demandante recibe tratamiento por depresión, porque no se considera prueba idónea; señalando que “para que una prueba pericial médica sea considerada como tal, es requisito imprescindible la ratificación en el acto del juicio del facultativo que emitió el informe, con garantía del principio de contradicción”¹⁹.

2.2.3. Intermitentes

La definición otorgada por la Real Academia Española del término intermitente, requisito exigido por la norma para proceder a la extinción del contrato por absentismo laboral, es la cualidad de aquello que “se interrumpe o cesa y prosigue o se repite”. De lo que se deduce que no puede invocarse el artículo 52.d para extinguir un contrato por absentismo si solo hay un período de ausencia, aunque sea ésta prolongada en el tiempo, por exigir la norma faltas intermitentes, discontinuas.

Es la Sentencia del Tribunal Supremo (Soc.), de 26 de julio de 2005, (Rec. 3406/2004), cuyo objeto es la unificación de doctrina, un claro ejemplo de qué significado se le debe otorgar a la intermitencia de las ausencias. En este caso, se produce un período de faltas de asistencia del 8 al 17 de abril, 10 días naturales, que, “aunque supera el 20% exigido por la norma y se trata de menos de 20 días por

¹⁸ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 22

¹⁹STSJ (Comunidad Valenciana), de 20 de enero de 2005 (Rec. 2901/2004)

enfermedad común, no puede hablarse de extinción del contrato de trabajo por absentismo laboral por tratarse de un solo período de baja²⁰.

2.2.4. Superen el porcentaje exigido

El artículo 52 apartado d) exige la superación de las ausencias del veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

En primer lugar, la norma exige un porcentaje y no un número de ausencias en concreto, ya que en función de la jornada laboral de cada trabajador, el número de ausencias permitidas varía.

El sentido de este porcentaje es diferente dependiendo durante cuántos meses se producen las ausencias, ya que en un caso, es un periodo de tiempo más breve, dos meses, por lo que el porcentaje de la ausencia necesaria para la validez de la extinción del contrato es menor también, el 20%; mientras que, en el otro caso, el periodo de los cuatro meses dentro de un periodo de doce meses, al ser mayor, la ausencia que se exige es del 25%; siendo imprescindible además, en el primero de los casos que las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcancen el 5% de las jornadas hábiles.

En cualquier caso, “es necesario que estas faltas sean relevantes a efectos de entender justificada la extinción del contrato”²¹, por considerar que éstas ocasionan importantes perjuicios a la empresa, situación que se deduce cuando superan el porcentaje exigido por la norma.

2.2.5. Ausencias justificadas no computables

El artículo objeto de estudio contempla, en el apartado d) párrafo segundo, una serie de supuestos donde las ausencias justificadas por estos motivos no pueden ser computados como inasistencias para la extinción del contrato por causas objetivas. Éstos son:

²⁰STS (Soc.), de 26 de julio de 2005 (Rec. 3406/2004)

²¹ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E.: El despido objetivo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 47

a) Huelga legal

Las ausencias producidas por huelga legal no pueden computarse como faltas de asistencia que provoquen la extinción del contrato por causas objetivas, por entenderse la huelga como un derecho fundamental reconocido en el artículo 28 apartado segundo de la Constitución española.

b) Ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores incluye las faltas con motivo del ejercicio de dichas actividades entre las ausencias no computables para calcular el absentismo laboral de un trabajador.

c) Accidente de trabajo

En este apartado se incluyen aquellas faltas de asistencia que deriven de un suceso ocurrido como resultado del trabajo.

Como ejemplo ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Sala de lo Social de Navarra de 30 de abril del 2001, (Rec. 163/2001), trata un caso donde, la demandante se ausenta del trabajo tras sufrir un accidente de tráfico cuando se trasladaba de un centro de trabajo a otro (considerado éste accidente in itinere), y padece unas lesiones que le provocan una situación de incapacidad temporal²². En ningún caso, estas ausencias, pueden computarse para calcular su absentismo laboral y, por tanto, la extinción de su contrato.

d) Maternidad; riesgo durante el embarazo y lactancia; enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia; y paternidad

Estos supuestos regulados en el artículo tercero de la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de 1999, al igual que en los casos de accidente de trabajo, queda exceptuado todo el tiempo que dure la maternidad; riesgo durante el embarazo y lactancia; enfermedad causada por el embarazo, parto o lactancia; y paternidad.

e) Licencias y vacaciones

Las ausencias derivadas de licencias y vacaciones no son computables para calcular el índice de absentismo. Las licencias que se excluyen están recogidas en distintos artículos del Estatuto de los Trabajadores.

²²STSJ (Navarra), de 30 de abril de 2001 (Rec. 163/2001)

Por un lado, el artículo 37, contempla algunos supuestos donde el trabajador puede ausentarse al trabajo siempre que avise previamente y lo justifique, manteniendo el derecho a remuneración y se trate de: “celebración del matrimonio; nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; por traslado del domicilio habitual, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente; y, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad”²³.

También el artículo 23 apartado primero letra a), permite la ausencia justificada del trabajador para concurrir a exámenes para obtener un título académico o profesional; además del 40 apartado cuarto del mismo texto normativo que contempla las faltas de hasta cuatro días por desplazamientos que duren más de tres meses.

Aparte de licencias permitidas por el Estatuto de los Trabajadores, tienen el mismo tratamiento aquellas recogidas en Convenios Colectivos aplicables al caso en concreto.

En este sentido, la Sentencia anteriormente citada del Tribunal Supremo Sala de lo Social, de 26 de julio de 2005 (Rec. 3406/2004) resuelve la “improcedencia de un despido, al haber considerado para el cómputo del absentismo las faltas de asistencia aunque el trabajador tenía válidamente otorgadas licencias para su ausencia”²⁴, tanto para acudir a distintos médicos, como para motivos personales.

Asimismo, las vacaciones, reguladas en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, quedan excluidas, pactándose este periodo en convenio colectivo o contrato individual.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 27 de enero de 2016, (Rec. 804/2015), falla a favor de la extinción de un contrato por

²³Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 37

²⁴STS (Soc.), de 26 de julio de 2005 (Rec. 3406/2004)

absentismo laboral “excluyendo las ausencias del período de vacaciones, así como del de descanso semanal”²⁵.

f) Enfermedad o accidente no laboral

En el caso de ausencias por enfermedad o accidente no laboral, no podrán computarse como absentismo individual siempre y cuando tengan una duración superior a los 20 días consecutivos, además de tener que estar motivadas por los servicios sanitarios.

En este caso, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 7 de febrero de 2014, (Rec. 1874/2013), recoge un supuesto donde la actora se encuentra en situación de incapacidad temporal por enfermedad común en los siguientes períodos: del 21 al 27 de diciembre del 2011 por gastroenteritis (5 días hábiles); el 23 de febrero del 2012 por gastroenteritis (1 día hábil); del 21 al 28 de mayo del 2012 por catarro (6 días hábiles); del 29 de mayo al 14 de junio del 2012 por síntoma signo dedos (12 días hábiles); del 10 al 13 de agosto del 2012 por gastroenteritis (2 días hábiles); del 29 al 31 de agosto del 2012 por gastroenteritis (3 días hábiles) y del 29 de septiembre al 1 de octubre del 2012 por conjuntivitis (1 día hábil). En este caso, sostiene, que “el periodo de baja del 21 de mayo a 14 de junio de 2012, aunque se trata de motivos diferentes de enfermedad común, no puede incluirse entre las ausencias no computables dado que no hubo ninguna solución de continuidad”²⁶, es decir, que no existe intermitencia.

g) Violencia de género

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género recoge los derechos y garantías de aquellas mujeres que son víctimas de violencia de género.

Esta Ley tiene como objetivo “otorgar protección a la víctima, con medidas de no asistencia al trabajo, cambio de centro de trabajo, movilidad geográfica”²⁷...; así como sancionar al causante.

Esta causa “es eficaz cuando la víctima tenga acreditada judicialmente dicha condición, pues todo el elenco de derechos que innova la referida Ley Orgánica tienen

²⁵STSJ (Aragón), de 27 de enero de 2016 (Rec. 804/2015)

²⁶STSJ (Comunidad de Madrid), de 7 de febrero de 2014 (Rec. 1874/2013)

²⁷Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 21

como presupuesto que dicha circunstancia haya sido declarada mediante un procedimiento en el que se cuente con una efectiva y singularizada tutela judicial²⁸.

h) Tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave

La Ley 3/2012 añade la exclusión para el cómputo de ausencias que se deban a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

²⁸ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 146

3. CAPÍTULO TERCERO: PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE ESTA CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO

La normativa que regula la extinción del contrato por ausencias justificadas por parte del trabajador, es decir, el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, no está libre de problemas interpretativos y confusiones.

3.1. Cuestiones interpretativas del artículo 52 apartado d) párrafo primero

3.1.1 Lugar donde deben producirse las ausencias

El artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores únicamente hace mención a faltas de asistencia, sin especificar dónde deben producirse las mismas. La duda que ésta genera es si la falta se computa con la ausencia del trabajador en el centro o en su puesto de trabajo.

En el caso de considerar que “la inasistencia se refiere respecto del puesto de trabajo, y por tanto, que el trabajador sí ha acudido al centro, está presente el elemento voluntarista, suponiendo que de manera consciente y voluntaria, desiste de incorporarse al puesto de trabajo asignado dentro de éste”²⁹. En ese supuesto, podría considerarse un despido disciplinario del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, bien por desobediencia del apartado b), bien por abuso de confianza del apartado d).

Por ese motivo, finalmente se concluye que esa falta de asistencia debe producirse en el centro de trabajo, ya que estamos ante un despido objetivo, sin que intervenga ningún componente subjetivo.

3.1.2 Inclusión o no de la impuntualidad

El problema que aquí se plantea es la posibilidad de si pueden las faltas de puntualidad computarse para completar el porcentaje de absentismo individual. En este sentido existen tres posibilidades.

La primera de ellas, defiende que “al establecer la norma falta de asistencia, se presume, que se trata de una ausencia que se prolonga toda la jornada laboral, no bastando meros defectos de puntualidad”³⁰. Por lo que, únicamente las faltas de asistencia que duren una jornada completa son aquellas computables para la extinción

²⁹ARIAS DOMÍNGUEZ, A: El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 209

³⁰MARTÍNEZ ABASCAL, V.A, y HERRERO MARTÍN, J.B.: Curso de Derecho del Trabajo. Tecnos, Madrid, 2012, pág. 709

del contrato por absentismo laboral, quedando la impuntualidad totalmente excluida, tanto por la entrada tardía al puesto de trabajo, como por la salida antes de tiempo del mismo; al igual que las ausencias momentáneas del puesto de trabajo.

La segunda opción es considerar las ausencias parciales como faltas de asistencia y, por tanto, computables. Sobre esta idea, BRIONES GONZÁLEZ, entiende que “este tipo de ausencias incluyen la característica imprescindible que sostiene la norma para las computables, la intermitencia y, por ello, sostiene, que éstas deberían ser incluidas en el cómputo de absentismo, siempre y cuando, por sí mismas o sumadas a otras ausencias totales, tengan la envergadura cuantitativa requerida por la norma”³¹.

La última, es entender que “las ausencias parciales son faltas de asistencia que deben contabilizarse no por unidad, sino en función del tiempo relativo de no presencia en el trabajo, acumulándose al fin de integrar jornadas completas de inasistencia”³².

En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores “configura la jornada laboral como unidad, sin posibilidad de fraccionamiento, se extienda ésta por más o menos horas de trabajo efectivo dentro de un día natural, o incluso aunque esa prestación se realice en jornada partida”³³. Finalmente, tal y como refleja la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid del 10 de junio del 2016, (Rec. 252/2016), solo se consideran “faltas entendidas como ausencias al trabajo durante la jornada completa, pues el artículo 52.d) se refiere exclusivamente a las faltas de asistencia al trabajo”³⁴.

Por lo tanto, cabe concluir este punto considerando que la impuntualidad y las ausencias momentáneas por parte del trabajador a su puesto de trabajo no son computables a efectos de calcular el absentismo y cesar su contrato de trabajo.

3.1.3 Ausencias intermitentes que tienen su origen en la misma enfermedad

Estando claro que para poder computar las ausencias, éstas deben ser intermitentes, la duda que aquí se plantea es, si aun siendo estas intermitentes, ¿pueden computarse si tienen su origen en la misma enfermedad?

³¹BRIONES GONZÁLEZ, C.: La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Informes y estudios; Relaciones Laborales, número 13, 1995, pág. 318

³²ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 41

³³ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 212

³⁴STSJ (Comunidad de Madrid), de 10 de junio de 2016 (Rec. 252/2016)

La doctrina ha sostenido que, “cuando las bajas laborales repetidas responden a un mismo proceso patológico, aunque cada una de ellas tenga una duración inferior de 20 días, si la suma de todos los períodos de baja alcanzan esta cifra, no debería entenderse que estamos en presencia de un supuesto de ausencia computable”³⁵. En este caso, sería necesario acreditar que todas las bajas tienen su origen en la misma patología, circunstancia no siempre fácil de demostrar. Se incluyen además, aquellas bajas consecutivas, en las cuales las posteriores son consecuencias de las secuelas producidas por el motivo originario de la primera.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo Sala de lo Social ha argumentado en la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de octubre del 2006, (Rec. 2247/2005), en recurso de casación para la unificación de doctrina, que cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales, aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, y cada uno de ellos ha durado menos de 20 días, “aunque la suma superaría ese límite, no sería de días consecutivos”³⁶, por lo que no encaja en el precepto de excepción y serían ausencias computables para calcular el absentismo.

Por lo que, si bien la doctrina en un principio considera que no serían ausencias computables, es la jurisprudencia quien finalmente establece que no es un caso subsumible en la excepción, y que, por tanto, son ausencias computables.

3.1.4 Acumulación o no de las ausencias injustificadas a las justificadas para completar el porcentaje exigido por la norma

La respuesta doctrinal ante la pregunta de si es posible la acumulación de las faltas injustificadas a las justificadas para completar el porcentaje exigido para la extinción del contrato por absentismo laboral, no es unánime.

DURÁN LÓPEZ es uno de los autores que otorgan una respuesta negativa a la pregunta, por entender que “este precepto no contempla una reacción ante el incumplimiento contractual como sucede en el despido disciplinario, sino facilitar la terminación de una excesiva onerosidad sobrevenida y, por ese motivo, no cabe la utilización combinada de supuestos contenidos en cada uno de ellos para dar vida a una causa de despido que autónomamente podría subsistir”³⁷.

³⁵ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 133

³⁶STS (Soc.), de 24 de octubre de 2006 (Rec. 2247/2005)

³⁷DURÁN LÓPEZ, F.: "El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido". Revista de Política Social, número 117, enero-marzo1987, pág. 98

Asimismo, GONZÁLEZ ORTEGA, afirma que “no se trata de un criterio de acumulación, sino de diferenciación; dando a entender que no solo las faltas injustificadas pueden dar lugar al despido del trabajador (despido disciplinario) sino que, incluso las que tienen justificación pueden dar lugar a la extinción del vínculo, aunque por razones objetivas”³⁸.

Otros autores sin embargo, SAGARDOY BENGOCHEA, SALA FRANCO o RAMÍREZ MARTÍNEZ entre otros, entienden que “lo prioritario es la reacción ante el absentismo y, que esa adición de ausencias, constituye el supuesto más razonable en la hermenéutica del despido por circunstancias objetivas”³⁹, porque parecería “desproporcionado poder despedir a un trabajador que acumula un determinado número de faltas justificadas de inasistencia al trabajo, y no a quien acumula el mismo número de ausencias totales al trabajo pero repartidas en justificadas e injustificadas”⁴⁰.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de julio de 2012, (Rec. 1514/2012), contempla las ausencias de un trabajador el 12 de abril de 2011 sin justificar y del 18 al 25 de mayo de 2011 justificadas, es decir, un día hábil injustificado y 8 justificados. En ella, la empresa recurrente entiende que se deben computar ambas para completar el porcentaje exigido por la norma. Finalmente, se concluye que “no solo deben computarse aquellas justificadas, ya que de ser así, el legislador no hubiera utilizado el adverbio "aun" delante de justificadas, como sinónimo de incluso; ya que de esta forma pretende incluir ambos tipos de faltas, las no justificadas y las justificadas”⁴¹.

Finalmente, se puede deducir que la expresión “las ausencias, aun justificadas” incluye todo tipo de ausencias, sin estar incluidas aquellas que posteriormente se recogen como exceptuadas, “ya que de lo contrario, la redacción, hubiera sido más sencilla al haberse referido, sin más, a faltas de asistencia al trabajo justificadas”⁴².

El razonamiento principal por el que se incluyen las injustificadas es “combatir aquellas en las que sobrevuela una sospecha de veracidad de la circunstancia impeditiva de acudimiento al trabajo, por lo que la expresión aun justificadas pretende

³⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 175

³⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número extra 19, 1996, pág. 150

⁴⁰ SALA FRANCO, T.; CAMPS RUIZ, L.M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M; GARCÍA NINET, J.I y LÓPEZ GANDÍA, J.: Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores. Universidad de Alicante, Alicante, 1982, pág. 93

⁴¹ STSJ (Comunidad Valenciana), de 10 de julio de 2012 (Rec. 1514/2012)

⁴² ALZAGA RUIZ, I.: “Extinción del contrato de trabajo por faltas justificadas de asistencia: cálculo de los índices de absentismo tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”. Revista de información laboral, número 3, 2015, pág. 349

señalar que el trabajador puede ser despedido incluso en el supuesto de que aporte una justificación verosímil de su ausencia”⁴³, entendiéndose, en todo caso, que la ausencia de justificación puede acarrear una sanción.

En este sentido, queda claro que aun admitiendo esa posibilidad, no puede procederse a la extinción del contrato por motivos objetivos si solo existen ausencias injustificadas, ya que en este caso estaríamos ante un despido disciplinario.

La duda que surge ahora es cuál debe ser el porcentaje de faltas injustificadas para poder acumularlas a las justificadas. El supuesto más extremo sería aquel en el que solo el uno por ciento de las ausencias fueran justificadas, y el resto injustificadas, “caso que rondaría las circunstancias propias del despido disciplinario; pareciendo exigible una mayoría de ausencias justificadas”⁴⁴.

3.1.5 Acumulación o no de las ausencias anteriormente sancionadas y/o prescritas para completar el porcentaje exigido por la norma

Si las faltas ya sancionadas o las prescritas pueden acumularse o no, no obtiene una única respuesta.

En cuanto a las faltas anteriormente sancionadas SALA FRANCO considera que es posible acumularlas sin faltar al principio *non bis in idem* por dos motivos.

El primero, por considerar que la extinción del contrato no es una sanción, sino un hecho objetivo que imposibilita la conservación del mismo. El segundo, por entender que “el ordenamiento no impide considerar como falta grave, y sancionarla como tal, la acumulación de varias leves, circunstancia con la que la actual objeto de análisis guarda similitud”⁴⁵. Además, entiende posible la aplicación análoga del despido disciplinario, donde sí es posible acumular las faltas ya sancionadas a las nuevas.

En cuanto a las faltas ya prescritas, ha argumentado la doctrina de forma contradictoria, aunque coinciden todos ellos en incluir las faltas de asistencia injustificadas a las justificadas.

⁴³BRIONES GONZÁLEZ, C.: La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Informes y estudios; Relaciones Laborales, número 13, 1995, pág. 321

⁴⁴ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 48

⁴⁵SALA FRANCO, T.: El régimen jurídico de las ausencias al trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 19

Por un lado, al igual que en el caso de las ya sancionadas, SALA FRANCO entiende que en las prescritas sucede lo mismo por no consistir una sanción, sino una extinción objetiva del contrato, y por lo tanto, su respuesta es positiva.

Por otro lado, se ha afirmado que “la prescripción hace irrelevante la falta de asistencia injustificada que no ha sido objeto de sanción, pues en caso contrario perdería su sentido la institución de la prescripción”⁴⁶. Se entiende, además, que no tendría mucho sentido que una falta de asistencia injustificada se contabilice para la extinción objetiva del contrato laboral si en su momento no ha sido sancionada por el empresario.

De este modo, la jurisprudencia más reciente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 10 de junio de 2016, (Rec. 252/2016), establece que “no pueden incluirse en el cómputo las ausencias que previamente han sido tenidas en cuenta para aplicar una sanción al trabajador, ni tampoco las que han prescrito, ya que, de lo contrario, estaríamos sancionando dos veces una misma conducta”⁴⁷.

Se podría concluir, que “sólo es legítimamente aceptable que el motivo extintivo de las faltas de asistencias al trabajo aun justificadas se integre con las injustificadas cuando estas últimas no hayan prescrito, hayan sido o no objeto de previa sanción empresarial”⁴⁸.

3.1.6 Término jornada hábil

Por jornada hábil se entienden “los días totales del período en los que el trabajador debería haber acudido al trabajo y sólo respecto de los cuales podría producirse la ausencia”⁴⁹. Por lo tanto, quedan excluidos todos los días festivos, además de las vacaciones por no existir una obligación de acudir y realizar la prestación laboral.

En este sentido la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de mayo de 2005, (Rec. 320/2005), señala que sólo puede haber faltas de asistencia “durante las jornadas que son hábiles para el trabajador, esto es, aquellas en las que

⁴⁶GARCÍA NINET, I. (Dir.), y VICENTE PALACIO, A. (Coord.): Derecho del Trabajo. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 699

⁴⁷STSJ (Comunidad de Madrid), de 10 de junio de 2016 (Rec. 252/2016)

⁴⁸ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 54

⁴⁹GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 208

el trabajador debe asistir al trabajo, sean o no jornadas hábiles para el resto de la plantilla”⁵⁰.

3.1.7 Cómputo del tiempo

Aquellas ausencias que no alcanzan el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, ni el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o incluso alcanzando este último, si el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores no alcanza el 5% de las jornadas hábiles, no tienen posibilidad de ser sancionadas por entender que no tienen una magnitud tal que produzcan excesiva onerosidad sobrevenida para el empresario.

3.1.8 El porcentaje exigido

La duda interpretativa que suscita este apartado, es aclarar si el porcentaje del 20 o del 25% dependiendo del caso, de ausencias exigido por la norma debe alcanzarse en cada uno de los meses de referencia o, por el contrario, en el total de los meses tenidos en consideración.

Por un lado, autores como ALZAGA RUIZ, entienden que el porcentaje debe lograrse en cada mes, pues razona que “si la finalidad de esta causa de despido es proteger al empresario frente a la excesiva onerosidad que suponen las faltas de asistencia de corta duración, pero regulares, parece fundado pensar que el porcentaje exigido ha de alcanzarse en cada uno de los meses de referencia”⁵¹.

Esta postura es mantenida también por algunos Tribunales, como se ve reflejado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12 de febrero del 2002, (Rec. 241/2002), donde se establece que si el objetivo de la norma es poder prescindir de aquellos trabajadores que incurrir en ausencias justificadas difíciles de verificar, entiende que el porcentaje de ausencias debe cumplirse en cada uno de los meses y evitar así el continuo absentismo.⁵²

Sin embargo, en este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005, (Rec. 3648/2004), concluyendo que “el cómputo debe entenderse referido al período en su conjunto, bien sean los dos o cuatro meses y es que el hecho de que no se tenga en cuenta un solo mes y de que el período se

⁵⁰STSJ (Aragón), de 3 de mayo de 2005 (Rec. 320/2005)

⁵¹ALZAGA RUIZ, I.: “Extinción del contrato de trabajo por faltas justificadas de asistencia: cálculo de los índices de absentismo tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”. Revista de información laboral, número 3, 2015, pág. 351

⁵²STSJ (Castilla y León), de 12 de febrero de 2002 (Rec. 241/2002)

prolongue a dos o cuatro meses tiene por objeto registrar una inasistencia persistente, con reducción o aumento proporcional del porcentaje”⁵³.

Se puede concluir, por tanto, que siendo el objetivo principal de esta modalidad extintiva acabar con el absentismo generalizado, el porcentaje se exige en el conjunto de los meses y no en cada uno de ellos.

3.1.9 Cómputo de los meses

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 1 de febrero de 2016, (Rec. 797/2015), basándose en la sentencia emitida por la misma Sala el 18 de noviembre de 2014, (Rec. 358/2014), recoge que aunque el precepto establece dos porcentajes diferentes para calcular el absentismo, ambos han de computarse en un período de 12 meses por dos motivos. El primero, por considerar que la duración del período no puede depender de la fecha en que se producen las bajas; el segundo, por entender que “no sería coherente que en los dos meses se considerara un período mayor a los 12 meses, pues la única diferencia entre ambas fórmulas se refiere al volumen de ausencias, según se produzcan en meses consecutivos o discontinuos, pero no a los meses totales de ausencias computables, que son comunes en ambos casos: dentro de un período de 12 meses”⁵⁴.

Ahora bien, el problema que suscita el cómputo de meses es entender si éste debe realizarse de fecha a fecha, por meses naturales o en períodos de 30 días.

GONZÁLEZ ORTEGA entiende, que éstos deben ser meses naturales, y no de fecha en fecha, para “evitar manipulaciones indeseables, ya que de este modo confiere mayor seguridad jurídica e incluso abre un período de decisión para el empresario a los efectos del ejercicio de la facultad de despido en relación a los meses anteriores”⁵⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido lo contrario.

La tesis más razonable es la que sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social, de 9 de diciembre del 2010, (Rec. 842/2010). Este recurso se plantea ante un caso de absentismo laboral donde, aunque el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía establece que el cómputo, en ausencia de precepto que lo señale, ha de realizarse de fecha a fecha (artículo 5 del Código civil); la parte

⁵³STS (Soc.), de 5 de octubre de 2005 (Rec. 3648/2004)

⁵⁴STSJ (Comunidad de Madrid), de 1 de febrero de 2016 (Rec. 797/2015) y STSJ (Comunidad de Madrid), de 18 de noviembre de 2014 (Rec. 358/2014)

⁵⁵GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 212

recurrente presenta sentencia de contradicción del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de octubre de 2006 (Rec. 2076/2006). En ésta se sostiene que “el mes es un período de tiempo muy utilizado en el Derecho del Trabajo en muchos supuestos: la determinación del salario regulador del despido, de la base reguladora de las diversas prestaciones de la Seguridad Social, el abono del salario... siendo así que, en todos ellos, la referencia al mes lo es por mes natural y no por meses contados de fecha a fecha a partir de una cualquiera”⁵⁶.

Finalmente, tras presentar recurso para la unificación de doctrina, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 sostiene que la tesis del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco “carece de apoyo legal, ya que el hecho de que las bases reguladoras de las prestaciones se calculen en función de cotizaciones de un mes o que los salarios sean de devengo mensual, no aportan un principio a seguir; además, en ese caso, determinados días de falta de asistencia al trabajo pueden quedar fuera del cómputo cuando la falta de asistencia al trabajo se produce en los días finales de un mes y primeros del siguiente”⁵⁷. Por estos motivos, concluye que, haciendo referencia al artículo 5 del Código Civil, deben computarse de fecha a fecha.

3.1.10 Retroactividad o irretroactividad de la norma

En este sentido, la doctrina se muestra contradictoria. Por un lado, algunos autores entienden que la norma debe aplicarse retroactivamente, pues no se dispone lo contrario. Por otro, se alega en contra de su aplicación retroactiva por considerar que “se valoran unos hechos con arreglo a una norma posterior a su acaecimiento, en contra de la seguridad jurídica y con cierta semejanza a una restricción de derechos retroactiva”⁵⁸.

Sin embargo, la jurisprudencia, mantiene una única postura en este asunto consistente en la irretroactividad de la misma.

De este modo, la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social de 16 de octubre de 2013, (Rec. 446/2013), plantea si se debe aplicar la nueva regulación a ausencias producidas con anterioridad a su entrada en vigor. Finalmente resuelve aplicando la regulación vigente cuando se produjeron las ausencias⁵⁹, basándose en 3 razones para la irretroactividad de la norma, que posteriormente también las invoca el Tribunal Supremo Sala de lo Social en su sentencia de 13 de octubre de 2014, (Rec.

⁵⁶STSJ (País Vasco), de 24 de octubre de 2006 (Rec. 2076/2006)

⁵⁷STS (Soc.), de 9 de diciembre del 2010 (Rec. 842/2010)

⁵⁸SEMPERE NAVARRO, A.V y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: Claves para la reforma laboral del 2010. Estudio del RDLEY 3/2012, de 10 de febrero. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, págs. 237-238

⁵⁹STS (Soc.), de 16 de octubre de 2013 (Rec. 446/2013)

2215/2013). Entiende en este sentido, que “el Real Decreto Ley 3/2012 no contiene ninguna disposición que prevea el efecto retroactivo; que el artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y que el artículo 2 apartado tercero del Código Civil dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario”⁶⁰.

3.2 Cuestiones interpretativas del artículo 52 apartado d) párrafo segundo

3.2.1 Cuestiones interpretativas de las ausencias justificadas no computables

a) Huelga legal

Las ausencias producidas por huelgas no son computables para calcular el absentismo laboral. Sin embargo, el problema que suscita este precepto es si ocurre lo mismo con las faltas de asistencia por huelgas ilegales.

Por huelgas ilegales entiende el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, tanto en su artículo séptimo como undécimo, aquellas que: “sean iniciadas o sostenidas por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados; sean de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan; cuando tenga por objeto alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en un convenio o lo establecido por laudo; cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, o lo expresamente pactado en convenio colectivo para la solución de conflictos”⁶¹. También se incluyen “las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, como actos ilícitos o abusivos”⁶².

Ante la polémica de si las huelgas ilegales están incluidas o no en el listado de exclusión del 52.d), se encuentran diferentes posturas doctrinales.

⁶⁰STS (Soc.), de 13 de octubre de 2014, (Rec. 2215/2013)

⁶¹Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, artículo 11

⁶²Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, artículo 7

Mientras autores como RAMÍREZ MARTINEZ, J.M; ÁLVAREZ ALCOLEA, M. y BRIONES GONZÁLEZ, C. abogan por entender que “las ausencias motivadas por huelga ilegal sí deben computarse a efectos de calcular el volumen individual de absentismo”⁶³; otros, como DURÁN LÓPEZ, entienden que “en la medida en que el precepto refiere únicamente supuestos de ausencia legal al trabajo, la mención excluyente a la huelga legal no implica la inclusión a *sensu contrario* de la huelga ilegal”⁶⁴. Sin embargo, los autores de ambas posturas, coinciden en que en ningún caso se pretende que el trabajador no sea sancionado en el ámbito laboral por participar en una huelga ilegal.

La forma más razonable de conciliar ambas interpretaciones es entender que “las ausencias debidas a huelga ilegal no computan a efectos de integrar el motivo extintivo objetivo, precisamente porque son injustificadas”⁶⁵, pero sí pueden tener consecuencias adversas, como el despido disciplinario.

b) Ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores

En cualquier caso, la norma, supone que quien ejerce esas funciones actúa en representación unitaria, sin especificar si están incluidas las ausencias de los representantes sindicales. En este último caso, GONZALEZ ORTEGA entiende que “la solución a este problema se solventa mediante la acreditación formal de la ausencia”⁶⁶.

De su afirmación se pueden deducir dos supuestos. El primero de ellos es que la ausencia esté justificada e incluida en el artículo 37.3 ET apartado e) donde recoge las ausencias para realizar funciones sindicales o de representación; excluyéndose en este caso la inasistencia del trabajador por absentismo. El segundo supuesto es aquel en el que la ausencia no está justificada y, por lo tanto, pueda ser sancionada aunque por un procedimiento diferente al despido objetivo.

c) Accidente de trabajo

Aunque la norma solo hace referencia al accidente de trabajo, “la enfermedad profesional se ha incluido en la hermenéutica del precepto”⁶⁷, entendiendo enfermedad

⁶³BRIONES GONZÁLEZ, C.: La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Informes y estudios; Relaciones Laborales, número 13, 1995, págs. 344-345

⁶⁴DURÁN LÓPEZ, F: “La excesiva morbilidad como causa del despido”. Revista española de derecho del trabajo, número 6, 1981, pág. 229

⁶⁵GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 198

⁶⁶ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 123-124

⁶⁷RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: La extinción del Contrato de Trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 93

profesional “la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”⁶⁸, según el artículo 157 de la Ley de la Seguridad Social.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 20 de julio de 2004, (Rec. 136/2004) define la enfermedad del trabajo como una “alteración de la salud distinta del accidente, puesto que no es una lesión producida por un agente externo brusco y violento, sino que su origen causal es la enfermedad”⁶⁹. La jurisprudencia ha entendido asimismo que, una enfermedad que existe previamente, pero se ve empeorada por el trabajo, es una enfermedad laboral.

De este modo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Sala de lo Social de Aragón, del 28 de junio del 2004, (Rec. 547/2004), el actor sufre una enfermedad, brucelosis, (producida por las bacterias que puede ser transmitida por animales) causada por su trabajo (se declara enfermedad profesional por trabajar en un matadero donde se produce el brote de brucelosis). Finalmente, se falla a favor del trabajador, declarándole en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional⁷⁰.

d) Maternidad; riesgo durante el embarazo y lactancia; enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia; y paternidad

La duda que plantea el precepto es qué ocurre en el caso donde una mujer que ha concluido el máximo tiempo de descanso maternal incurre en incapacidad temporal que le impide acudir y realizar su trabajo. En este caso, al establecer la norma enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, “parece excluir del cómputo del absentismo individual todo el período de duración del proceso mórbido de la trabajadora, con independencia de su duración inferior a 20 días”⁷¹.

e) Licencias y vacaciones

El problema que puede suscitar esta cuestión es si el trabajador tiene derecho a recuperar una jornada laboral en días donde no tiene la obligación de acudir, bien de vacaciones, bien de licencias y, así, eliminar alguna ausencia computable para el

⁶⁸Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 157

⁶⁹STSJ (Navarra), de 20 de julio de 2004 (Rec. 136/2004)

⁷⁰STSJ (Aragón), de 28 de junio de 2004 (Rec. 547/2004)

⁷¹ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 127

absentismo. En este ámbito, se le dota al empresario la facultad de elegir la opción que más le convenga, pudiendo aceptarlo o no, por lo que, en sí, no es un derecho que ostente el trabajador.

f) Enfermedad o accidente no laboral

En este punto surge el problema, ya advertido en las enmiendas del proyecto de Ley que dio lugar al actual Estatuto de los Trabajadores, de que los trabajadores prorroguen, aun sin ser necesario, la baja y, así, no correr el riesgo de extinción de su contrato por absentismo. Aun las protestas, no se dio solución al mismo.

Sin embargo, conviene aclarar que la norma establece que no serán computables aquellos de duración superior a 20 días consecutivos, considerados éstos naturales, es decir, incluido los festivos, “pues lo que se trata de determinar no es cuantos días el trabajador no ha acudido, sino fijar un límite a partir del cual la ausencia se entiende ocasionada por una incapacidad de no breve duración”⁷².

En cuanto a si pueden ser computadas aquellas ausencias por enfermedad o accidente no laboral que tengan como origen la misma causa, está resuelto en el apartado cuestiones interpretativas del artículo 52 apartado d, tercera cuestión, concluyendo con su negativa por no considerarse días consecutivos según la jurisprudencia, así como tampoco aquellas de duración inferior a 20 días en los cuales no haya intermitencia. En el caso de que las mismas duren exactamente 20 días, sí computan por establecer la norma que quedan exentas aquellas que superen los veinte días⁷³.

g) Tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave

Las ausencias justificadas que se deban a un tratamiento de cáncer quedan exceptuadas del cómputo, por considerar que se trata de una enfermedad con suficiente magnitud como para ser excluida. No redacta la norma con la misma precisión su segundo apartado al señalar enfermedad grave. En este caso, no se define una enfermedad concreta, sino que “caracteriza únicamente su intensidad o extensión y, a diferencia de la anterior, aquí no es la etimología de la enfermedad, sino su intensidad y peligrosidad lo que prevé la norma”⁷⁴.

⁷²GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág. 194

⁷³*Ibid*, pág. 194.

⁷⁴ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 147

Por lo tanto, la norma abarca tanto el cáncer, sea cual sea su estado o avance, y enfermedad grave, por entenderse que se trata de una enfermedad tal que merece su exclusión, aunque el adjetivo grave puede acarrear problemas interpretativos.

La exigencia de la enfermedad en todo caso, supone, que se trata de una enfermedad diagnosticada por el servicio sanitario, que impida al trabajador la correcta realización de su trabajo y que ésta necesite un tratamiento médico.

Es preciso incluir los riesgos psicosociales en el apartado de enfermedad grave, entre los que se encuentran “el estrés laboral (burnout), acoso sexual en el trabajo, prácticas de discriminación, violencia psicológica u/o moral en el trabajo, cuya modalidad más extrema es el acoso moral laboral, conocido como *mobbing*”⁷⁵.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2006, (Rec. 3289/2005), argumenta cuándo se está ante un caso de acoso, y por tanto, excluidas esas ausencias. Por acoso entiende toda conducta que implique: “ataques contra el trabajador que limiten o aislen en el ámbito laboral, los ataques contra su vida privada a la que se hace responsable de los fallos en el trabajo, agresiones verbales, creación de rumores y su difusión en el centro de trabajo contra dicha persona”⁷⁶.

Es un requisito necesario que el acoso sea “sistemático y se produzca sobre un periodo de tiempo prolongado, de manera que llegue a ocasionar una perturbación grave en el trabajador; sin que el concepto de acoso pueda ser objeto de una interpretación amplia y sin que pueda ser confundido con una situación de conflicto en las relaciones entre empresario y trabajador”⁷⁷, tal y como lo refleja la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de septiembre de 2007 (Rec. 2524/2007).

En el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2011, (Rec. 454/2011), la demandante tiene numerosas faltas por: síndrome ansioso por problemas laborales, ansiedad, efectos del ambiente de trabajo, malos tratos y trastorno ansioso depresivo por acoso laboral. En este caso nos encontramos ante un acoso moral en el trabajo, conocido como “*mobbing*”, es decir, ante una “conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de

⁷⁵MARTÍN CHAPARRO, M.P; VERA MARTÍNEZ, J.J; CANO LOZANO M.C y MOLINA NAVARRETE, M.C.: “Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al “burnout” en clave psicosocial”. Temas laborales, número 75, 2004, pág. 190

⁷⁶STSJ (Comunidad Valenciana), de 4 de abril de 2006 (Rec. 3289/2005)

⁷⁷STSJ (Comunidad Valenciana), de 18 de septiembre de 2007 (Rec. 2524/2007)

reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionan la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que ponen en peligro o degradan sus condiciones de trabajo”⁷⁸.

Además, las consecuencias de los riesgos psicosociales son diversas, desde problemas de salud como ansiedad, estrés, pérdida de autoestima... hasta el abandono del trabajo, siendo necesaria para su calificación como acoso que el origen de éste se encuentre en las relaciones entre los trabajadores o entre jefe y trabajador y que se realice en el lugar de trabajo.

En cualquier caso, hay que aclarar que “no todo conflicto laboral, que genere consecuencias o daños psíquicos, puede confundirse con un proceso de acoso moral”⁷⁹, pudiendo calificarlo como un simple accidente de trabajo.

En caso de otro tipo de enfermedades, como sucede en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 11 de noviembre de 2015, (Rec. 917/2015), se recoge un caso de esquizofrenia, donde el actor es sometido a un tratamiento que le originan unos efectos secundarios desencadenando en bajas laborales. En primera instancia, se concluye que este supuesto no se puede incluir en la excepción del artículo 52.d por enfermedad grave por entender que se trata de una enfermedad que el actor sufre desde hace más de 15 años y que no le impide realizar una vida normal. Ante este primer fallo, el actor presenta recurso de suplicación, donde finalmente, se argumenta que “el hecho de que el actor pueda realizar una vida normal, no es signo de que su afección psiquiátrica no revista gravedad, sino que es muestra de que su tratamiento ha logrado controlar la sintomatología clínica propia de la enfermedad”⁸⁰. Por lo que, quedan sus ausencias excluidas para el computo del absentismo.

Finalmente, mencionar que, debido a la imprecisión del precepto, es conveniente tomar como criterio orientativo el catálogo de enfermedades graves del Real Decreto 1148/11, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, ya que éste, en su anexo, recoge un listado de 109 enfermedades graves, las cuales pueden servir como guía para considerar cada caso un supuesto incluido o no en esta excepción.

⁷⁸STSJ (Comunidad Valenciana), de 24 de mayo de 2011 (Rec. 454/2011)

⁷⁹MARTÍN CHAPARRO, M.P; VERA MARTÍNEZ, J.J; CANO LOZANO M.C y MOLINA NAVARRETE, M.C.: “Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al “burnout” en clave psicosocial”. Temas laborales, número 75, 2004, pág. 191

⁸⁰STSJ (Canarias), de 11 de noviembre de 2015 (Rec. 917/2015)

3.2.2 Ausencias justificadas no computables, ¿Taxativas o enumerativas?

En esta cuestión, la doctrina adopta diferentes posiciones.

Autores como ÁLVAREZ ALCOLEA se posicionan a favor de considerarla una lista cerrada, lo que significa que únicamente los supuestos reflejados en la norma son excluidos para el cómputo del absentismo y, por tanto, “aquellas faltas de asistencia que no traigan su origen de los supuestos excluidos sí deben computarse”⁸¹. El considerar esta lista taxativa, delimita la labor interpretativa jurisprudencial, la cual no puede exceder de los supuestos establecidos. También ASQUERINO LAMPARERO, M.J hace referencia a un listado cerrado, considerando que “todos los supuestos que quedan fuera de esta lista son computables para los efectos del absentismo”⁸².

Sin embargo, otros como SALA FRANCO, consideran que es un listado en el que se incluyen supuestos no computables, pero “no son los únicos, por lo que hace referencia a una lista abierta de supuestos”⁸³. En este sentido, DURÁN LÓPEZ argumenta que “la norma no indica que solo las expresamente mencionadas quedan excluidas del cómputo de las faltas justificadas a efectos del despido”⁸⁴, al igual que ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ que consideran que “la norma no pretende precisar los supuestos que no son de absentismo, sino únicamente señala los que, en ningún caso, pueden ser considerados como integrantes de las faltas de asistencia individual cuya acumulación origine el despido objetivo”⁸⁵.

Finalmente, se llega a la conclusión de que se trata de una lista abierta, enunciativa, pudiendo incluirse en ella otros supuestos, los cuales tampoco serían computables a tales efectos. Entre ellos, pueden encontrarse “los relacionados con la paralización de la actividad empresarial por infracción de las normas de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”⁸⁶, y aquellos en los que “la prestación laboral se ve

⁸¹ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia”. Revista española de derecho del trabajo, número 3, 1980, pág. 415

⁸²ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo”. Aranzadi Social, número 5, 2006, pág. 8

⁸³SALA FRANCO, T.: El régimen jurídico de las ausencias de trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 36

⁸⁴DURÁN LÓPEZ, F.: “La excesiva morbilidad como causa del despido”. Revista española de derecho del trabajo, número 6, 1981, pág. 227

⁸⁵ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: El estatuto de los trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario. Civitas, Madrid, 1997, pág. 265

⁸⁶SALA FRANCO, T.: El régimen jurídico de las ausencias de trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 36

impedida por el acaecimiento de un suceso imprevisible o inevitable, generalmente relacionado con la fuerza mayor”⁸⁷.

⁸⁷ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013, pág. 117

4 CAPÍTULO IV: INTERVENCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS POR ABSENTISMO LABORAL

El FOGASA, Fondo de Garantía Salarial, creado en 1976, es un “organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines”⁸⁸, siendo su función principal el pago a favor de los trabajadores de aquellos salarios siempre que, por motivos de concurso de acreedores o insolvencia de la empresa, el empresario se ve imposibilitado de abonar, cantidades que deben ser acreditadas, bien en un acto de conciliación, bien mediante una resolución judicial.

Aparte de los salarios, el FOGASA deberá abonar la indemnización que le corresponda al trabajador en los casos de: extinción del contrato por voluntad del trabajador por los motivos tasados en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores; en el despido colectivo, recogido en el 51 del mismo texto normativo; y en la extinción del contrato por causas objetivas, donde se incluyen la ineptitud del trabajador, la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas, causas económicas, técnicas, organizativas, fuerza mayor y faltas de asistencia aun justificadas siempre que alcance el porcentaje exigido. Esta prestación será abonada siempre y cuando, previamente, haya una resolución judicial, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa en beneficio de los trabajadores que lo justifique. Además, el trabajador tiene el derecho de solicitar el abono de la cuantía de la deuda durante un año de prescripción desde la fecha de la resolución en que se reconoce la misma.

Por lo tanto, es requisito necesario que sea el trabajador mismo quien, ante un organismo de mediación, arbitraje y conciliación, presente la papeleta de conciliación para que pueda celebrarse el acto. Una vez concluido, pueden suceder dos situaciones distintas. La primera se produce cuando la empresa acepta el impago, pero no lo reembolsa. En este caso, se inicia la ejecución de los bienes de la empresa y si éstos son inexistentes o insuficientes para el pago de la deuda, la empresa se declara insolvente, situación tras la cual interviene el FOGASA. En cambio, si la empresa no lo reconoce, debe el trabajador presentar demanda ante el juzgado de lo social.

Los salarios que debe abonar el FOGASA son, tanto aquellos que el trabajador tenía que haber recibido por la prestación laboral realizada, la cual no ha visto recompensada, junto con las horas extras; como los de tramitación, estos últimos

⁸⁸Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 33

siempre y cuando se proceda a la readmisión del trabajador. Éstos últimos son aquellos que el trabajador debía haber recibido si hubiera realizado su cometido entre el despido o la extinción del contrato y la resolución de la sentencia que decide sobre la validez del mismo. Se excluye del pago por parte de este organismo aquel subsidio que establece el acto de conciliación, por ser este vinculante, y las percepciones extra salariales, tanto de distancia, transporte, vestuario, como dietas.

Por lo tanto, los beneficiarios y destinatarios de la actividad del FOGASA son las personas que aun teniendo un contrato de trabajo y habiendo realizado la prestación laboral por la que le se contrató, no reciben su contraprestación, bien salario, bien indemnización, por declararse la empresa insolvente o en concurso⁸⁹.

La cantidad indemnizatoria dependerá del tipo de despido o extinción contractual que se trate en cada asunto. En el caso del despido improcedente, ésta será de 33 días por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades; mientras que en el despido objetivo, serán 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades. Se trata de una norma mínima, por lo que puede ser mejorada por parte de un convenio colectivo o acuerdo individual en conciliación prejudicial o mediación intrajudicial y así recibir el trabajador una mayor indemnización. Sin embargo, si se trata de un despido disciplinario, al existir un incumplimiento por parte del trabajador, el despido está justificado y éste no tiene derecho a indemnización.

Sin embargo, el problema que suscita este precepto es qué requisitos tienen que darse para la intervención del FOGASA en la extinción del contrato por absentismo laboral debido a las recientes modificaciones legislativas.

La legislación anterior contemplaba un supuesto especial, donde las empresas que extinguían algún contrato de duración indeterminada por absentismo laboral, si contaban con una plantilla inferior a 25 trabajadores, el FOGASA debía abonar el 40% de la indemnización correspondiente, es decir, 8 días por año trabajado, pagando el 60% restante la empresa en cuestión. Además, en estos casos, la empresa no contaba con la obligación de demostrar ni justificar que se encontrara en concurso o

⁸⁹RAMÓN DANGLA, R.: "El Fondo de Garantía Salarial como seguro de salarios. Un modelo económico de comportamientos: eficiencia vs riesgo moral". Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 71, 2008, pág. 101

que fuera insolvente⁹⁰, sino que contaba con ese pago por parte del FOGASA por la dimensión de la plantilla de la empresa.

Así lo establecía la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su disposición transitoria tercera:

“En los contratos de carácter indefinido, fueran ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, cuando el contrato se extinguiera por las causas previstas en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que correspondiera al trabajador sería objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año.”⁹¹

Y en su posterior redacción en el ex artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, hoy en día derogado:

“En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores cuando el contrato se extinguiera por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que correspondiera al trabajador sería objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No sería de aplicación el resarcimiento por el Fondo de Garantía Salarial en las extinciones que hubieran sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia.”⁹²

En este sentido, hasta el 31 de diciembre del 2013, se aplicaba el ex artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, donde el FOGASA intervenía tras la extinción de aquellos contratos indefinidos, que tenían como origen cualquiera de las causas de extinción de contrato por motivos objetivos recogidos en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores y que fueran despidos colectivos u objetivos, pero declarados

⁹⁰RAMÓN DANGLA, R.: “La reforma laboral del 2010 y sus efectos económicos sobre el Fondo Garantía Salarial”. Revista de Economía Crítica, número 12, 2011, pág. 84

⁹¹Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, disposición transitoria tercera

⁹²Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ex artículo 33 apartado 8

procedentes en empresas de menos de 25 trabajadores, sin tener que acreditar situación de insolvencia o concurso de acreedores.

La novedad interviene en 2014, a través de la reforma que introduce la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, donde pasa a ser obligación de la empresa el pago de la cuantía total a favor del trabajador si el empresario extingue el contrato por absentismo⁹³, sin importar cuántos trabajadores tenga la empresa. Tras la entrada en vigor de esta Ley, el FOGASA únicamente va a intervenir cuando se haya acreditado la insolvencia del empresario o el estado de concurso de la empresa, pero nunca sin esta acreditación como era posible en pequeñas empresas con la anterior regulación.

Esta reforma tiene dos objetivos. El primero de ellos, que aquellos empresarios con capacidad económica suficiente para hacer frente a este tipo de pagos, sean los responsables del pago del salario y/o indemnización a su trabajador y no procedan a la masiva extinción de contratos por absentismo por conocer que es el FOGASA quien en parte va a pagar al trabajador. El segundo, sin embargo, pretendía liberar al FOGASA de este tipo de pagos debido la situación de desbordamiento en el que se encontraba con la crisis económica⁹⁴.

En relación a la cuantía que debe abonar el FOGASA, tiene ciertos límites.

En el caso de que el concepto a pagar sean salarios, el límite fijado es “doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días”⁹⁵.

En el caso de que el FOGASA tenga que abonar indemnizaciones, el límite se marca en “una anualidad de salario, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias”⁹⁶.

⁹³ GARCÍA COCA, O.: “Indemnizaciones del Fondo de Garantía Salarial en empresas de menos de veinticinco trabajadores”. Revista Temas laborales, número 123, 2014, pág. 234

⁹⁴ *Ibid*, pág. 233

⁹⁵ 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, artículo 33

⁹⁶ *Ibid*, artículo 33

Finalmente, la cantidad será abonada a través de transferencia bancaria en un plazo mínimo de 3 meses, siendo éste prorrogable hasta los 18 meses en algunos supuestos.

CONCLUSIONES

Tras el estudio de la extinción del contrato por ausencias aun justificadas recogida en el artículo 52 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores, procedo a dar respuesta a las preguntas realizadas al inicio del presente trabajo, así como a plantear algunas críticas que se extraen tras la realización del mismo, a través de cinco conclusiones.

La primera de ellas, sobre la redacción del precepto, el artículo 52 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores, queda demostrada la falta de precisión del mismo. Si bien la ambigüedad de éste se ha tratado de solventar a través de las distintas reformas legislativas, muchas cuestiones, han quedado al arbitrio de la doctrina, jurisprudencia o ambas; quedando otras sin resolver. Además, en muchas ocasiones, ha sido la jurisprudencia contradictoria, lo que ha dado lugar a la necesidad de plantear diferentes recursos de casación para la unificación de doctrina. Entre las cuestiones aún sin solución, destaca la posibilidad del trabajador de proceder a la extensión artificial de la baja por incapacidad laboral para evitar este tipo de extinción, si bien fue un problema planteado en una de las enmiendas para la redacción de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La segunda concluye que no se trata de una norma imprescindible, ya que, dejando a un lado su imprecisión, si su objetivo es luchar contra aquella onerosidad sobrevenida que sufre el empresario, lo que busca es una mayor productividad y, por tanto, el mismo caso, podría reconducirse a una extinción del contrato por causas de producción, o incluso económicas; en cualquier caso, a una extinción del contrato del artículo 52 apartado c).

En cuanto a la tercera, si bien la norma busca no castigar al trabajador absentista, sino facultar al empresario la extinción de un contrato si esa situación no le causa más que perjuicios, cabe destacar que no es una vía frecuentemente utilizada debido a su complejidad. Esta dificultad es mayor en la medida que se trata de una mediana empresa, y aún más en una pequeña, ya que no suelen llevar una contabilidad exhaustiva a través de personas especializadas como una gran empresa. Por lo tanto, es una medida de muy escasa utilidad práctica debido a la complejidad de su aplicación.

La cuarta, versa sobre la supresión del porcentaje global. La duda lleva a reflexionar si es una reforma positiva o, perjudicial para el empresario. Por un lado, se puede considerar positiva ya que va a poder extinguir el contrato más fácilmente por tener menos requisitos que cumplir, lo que es perjudicial para el trabajador. Por otro

lado, no es una medida eficaz para evitar las conductas absentistas, por lo que el empresario sigue viendo afectada su productividad por más trabajadores que se ausentan del trabajo. Es cierto que suprimir el absentismo es una tarea sumamente difícil, por no calificarlo de imposible, debido a que son numerosos los factores, tanto internos, como externos de la empresa los cuales influyen de manera directa, entre los cuales destacan los relacionados con la prevención de riesgos laborales, salud, ambiente laboral, o, incluso la conciliación con la vida familiar. Además, algunos son más fáciles de cuantificar, como una lesión, mientras otros, no lo son, como los riesgos psicosociales. En este último se incluyen circunstancias como el estrés laboral, situación que está en aumento debido a la mayor competitividad y globalización que acarrea una mayor presión hacia los trabajadores, bien por inestabilidad del empleo o mala relación y ambiente laboral.

Para prevenir, o por lo menos disminuir, este tipo de conductas absentistas, sería conveniente que las empresas tuvieran un plan de prevención, así como de reparación.

El primero de ellos sería necesario aplicarlo a priori, donde sería imprescindible un programa empresarial que desarrollara ciertas medidas positivas para incentivar y fomentar la asistencia de sus trabajadores. Entre ellas pueden encontrarse:

- Información. Es conveniente que los trabajadores se encuentren informados en todo momento de qué hacer si se encuentran en una situación de incapacidad temporal o qué consecuencias se derivan de la realización o no del trabajo, tanto para el empresario, como para los propios trabajadores.
- Incentivos. Establecer incentivos para promover la asistencia del trabajador, bien monetarios, bien en forma de descansos, podría ser una medida que hiciera disminuir las conductas absentistas.
- Reglas. El establecimiento de reglas para mejorar el ambiente laboral y las condiciones de trabajo podría suponer un cambio positivo. El empresario podría bien establecer esas normas, bien solicitar propuestas a los trabajadores a través de entrevistas rutinarias o ejercicios de evaluación y mejora para, posteriormente, llevarlas a cabo; situación que crea un trato más cercano con los trabajadores. En la mejora de las condiciones laborales podrían incluirse mejoras en las políticas de prevención de riesgos laborales, la posibilidad de ascenso, flexibilidad de horarios e individualización del trabajador.

El segundo de ellos sería el posterior a la situación de absentismo, que incluiría tanto su control, a través de diferentes opiniones de profesionales sanitarios si fuera necesario, como su sanción. En los casos donde es inevitable el absentismo, sería conveniente establecer medidas para favorecer la situación del trabajador durante su incapacidad, su reincorporación al trabajo en el menor tiempo y con la máxima garantía, bien en el mismo puesto, o si no fuera posible, su adaptación en otro.

La quinta concluye que la reciente novedad del Fondo de Garantía Salarial que suprime la responsabilidad de este organismo en el caso de extinción de contratos indefinidos por absentismo si no alega el empresario insolvencia o concurso en empresas de menos de 25 trabajadores, elimina un posible incentivo que podía tener el empresario, ya que a partir de este momento, si no alega alguna de las dos situaciones anteriormente mencionadas, ese despido, lo deberá abonar el empresario en su totalidad, y no el empresario el 60%, mientras que la parte restante el FOGASA. Sin embargo, dejando a un lado el posible aprovechamiento negativo que podrían hacer esas empresas con la normativa anterior, las pequeñas empresas, las cuales no están en situación de insolvencia pero obtienen unos beneficios justos para el pago del salario de sus trabajadores, hoy en día, pueden verse obligadas a soportar al trabajador absentista por imposibilidad de pago de su correspondiente indemnización en caso de extinción de su contrato. Es necesario tener en cuenta que esta reforma se toma en una situación de crisis, teniendo como objetivo liberar al FOGASA de ciertos pagos, debido a su imposibilidad de hacer frente a todos los que se le encomendaba. Lo cierto es que la actual situación de España está cambiando ya que está saliendo de esa crisis, por lo que podría contemplarse la reincorporación de esa ayuda a las pequeñas empresas. Además, esta reforma puede tener consecuencias negativas como que los empresarios decidan no extinguir los contratos, que sin ser insolventes, no quieren pagar o se ven con problemas para hacer frente a la cuantía de la indemnización y proceden a la suspensión del contrato. Por este motivo, la reforma no se adecúa a la realidad, siendo necesario un tratamiento individualizado de las empresas.

Como conclusión final, cabe recalcar, que el absentismo es una problemática que influye gravemente, por un lado, en la economía de la empresa, ya que ésta se ve obligada a pagar al trabajador que se ausenta del trabajo y ve reducida su productividad. Además, en ciertos casos, debe asumir unos gastos de sustitución del personal para realizar el trabajo pendiente. Por otro lado, esta situación, emite una mala imagen hacia el exterior, para otras empresas y para los consumidores, por verse disminuida la prestación para estos últimos. Asimismo, crea cierto malestar entre los

trabajadores, por lo que el ambiente de trabajo se ve gravemente mermado. Sin embargo, a pesar de la problemática desarrollada, no contamos con una norma que recoja esta situación de forma íntegra, ni existe ninguna política de gestión plenamente efectiva para erradicar el absentismo, si bien en mi opinión, las medidas anteriormente señaladas ayudarían a su reducción y, por tanto, mejora de la empresa.

APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L. M.; JUANIZ MAYA, J. R.; LÓPEZ GANDÍA, J.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., y SALA FRANCO, T.: Nueva regulación de las relaciones de trabajo. Cosmos, Valencia, 1977
- ALEMÁN PÁEZ, F.: Curso de Derecho del Trabajo I.: La relación individual de Trabajo. Tecnos, Madrid, 2011
- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: El estatuto de los trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario. Civitas, Madrid, 1997
- ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L.E.: El despido objetivo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia”. Revista española de derecho del trabajo, número 3, 1980, págs. 405-420
- ALZAGA RUIZ, I.: “El absentismo del trabajador como causa del despido objetivo”. Revista española de derecho del trabajo, número 150, 2011, págs. 387-420
- ALZAGA RUIZ, I.: “Extinción del contrato de trabajo por faltas justificadas de asistencia: cálculo de los índices de absentismo tras la aprobación del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero”. Revista de información laboral, número 3, 2015, págs. 125-133
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo laboral. Civitas, Madrid, 2013
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Aranzadi, Pamplona, 2005
- ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo”. Aranzadi Social, número 5, 2006, págs. 69-88

- BRIONES GONZÁLEZ, C.: La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Informes y estudios; Relaciones Laborales, número 13, 1995
- DURÁN LÓPEZ, F.: "El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido". Revista de Política Social, número 117, enero-marzo 1987, págs. 71-118
- DURÁN LÓPEZ, F.: "La excesiva morbilidad como causa del despido". Revista española de derecho del trabajo, número 6, 1981, págs. 225-232
- GARCÍA COCA, O.: "Indemnizaciones del Fondo de Garantía Salarial en empresas de menos de veinticinco trabajadores". Revista Temas laborales, número 123, 2014, págs. 221-235
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "El rendimiento debido en la relación de trabajo". Revista española de derecho del trabajo, número 3, 1980, págs. 361-394
- GARCÍA NINET, I. (Dir.), y VICENTE PALACIO, A. (Coord.): Derecho del Trabajo. Aranzadi, Pamplona, 2001
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi, Pamplona, 1983
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A, y HERRERO MARTÍN, J.B.: Curso de Derecho del Trabajo. Tecnos, Madrid, 2012
- MARTÍN CHAPARRO, M.P; VERA MARTÍNEZ, J.J; CANO LOZANO M.C y MOLINA NAVARRETE, M.C.: "Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al "burnout" en clave psicosocial". Temas laborales, número 75, 2004, págs. 188-212
- MERCADER UGUINA, J.R.: Lecciones de derecho del trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: "El despido del trabajo por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales". Revista Internacional de Organizaciones, número 8, junio 2012, págs. 31-62

- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: La extinción del Contrato de Trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

- RAMÓN DANGLA, R.: “La reforma laboral del 2010 y sus efectos económicos sobre el Fondo Garantía Salarial”. Revista de Economía Crítica, número 12, 2011, págs. 82-103

- RAMÓN DANGLA, R.: “El Fondo de Garantía Salarial como seguro de salarios. Un modelo económico de comportamientos: eficiencia vs riesgo moral”. Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 71, 2008, págs. 99-121

- RAMOS MORAGUES, F.: “El absentismo laboral como causa de despido objetivo tras la reforma laboral del 2012”. http://www.elderecho.com/laboral/absentismo-laboral-despido-objetivo-reforma_11_538930001.html

- Repertorio de enmiendas parlamentarias al Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores. Trabajos parlamentarios, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980

- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número extra 19, 1996, págs. 137-154

- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Pre e intrahistoria del Estatuto de los Trabajadores”. Revista española de derecho del trabajo, número 100, 2000, págs. 19-35

- SALA FRANCO, T.; CAMPS RUIZ, L.M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M; GARCÍA NINET, J.I y LÓPEZ GANDÍA, J.: Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores. Universidad de Alicante, Alicante, 1982

- SALA FRANCO, T.: El régimen jurídico de las ausencias al trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

- SÁNCHEZ-ROBLES RUTE, B., GUADA PRADA,J., GALLIFA IRUJO, A.M.: Informe jurídico sobre absentismo. ADECCO, Madrid, de 28 de enero de 2016
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: Claves para la reforma laboral del 2010. Estudio del RDLEY 3/2012, de 10 de febrero. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, págs. 237-238

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS (Soc.), de 13 de octubre de 2014, (Rec. 2215/2013)
- STS(Soc.), de 16 de octubre de 2013 (Rec. 446/2013)
- STS (Soc.), de 9 de diciembre del 2010 (Rec. 842/2010)
- STS (Soc.), de 24 de octubre de 2006 (Rec. 2247/2005)
- STS(Soc.), de 26 de julio de 2005 (Rec. 3406/2004)
- STS (Soc.), de 5 de octubre de 2005 (Rec. 3648/2004)
- STSJ (Aragón), de 27 de enero de 2016 (Rec. 804/2015)
- STSJ (Comunidad de Madrid), de 1 de febrero de 2016 (Rec. 797/2015)
- STSJ (Comunidad de Madrid), de 10 de junio de 2016 (Rec. 252/2016)
- STSJ (Canarias), de 11 de noviembre de 2015 (Rec. 917/2015)
- STSJ (Comunidad de Madrid), de 7 de febrero de 2014 (Rec. 1874/2013)
- STSJ (Comunidad de Madrid), de 18 de noviembre de 2014 (Rec. 358/2014)
- STSJ (Comunidad Valenciana), de 10 de julio de 2012 (Rec. 1514/2012)

- STSJ (Comunidad Valenciana), de 24 de mayo de 2011 (Rec. 454/2011)
- STSJ (Comunidad Valenciana), de 18 de septiembre de 2007 (Rec. 2524/2007)
- STSJ (Comunidad Valenciana), de 4 de abril de 2006 (Rec. 3289/2005)
- STSJ (País Vasco), de 24 de octubre de 2006 (Rec. 2076/2006)
- STSJ (Comunidad Valenciana), de 20 de enero de 2005 (Rec. 2901/2004)
- STSJ (Aragón), de 3 de mayo de 2005 (Rec. 320/2005)
- STSJ (Aragón), de 28 de junio de 2004 (Rec. 547/2004)
- STSJ (Navarra), de 20 de julio de 2004 (Rec. 136/2004)
- STSJ (Castilla y León), de 12 de febrero de 2002 (Rec. 241/2002)
- STSJ (Navarra), de 30 de abril de 2001 (Rec. 163/2001)

APÉNDICE LEGISLATIVO

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
- 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
- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
- Ley de Contratos de Trabajo de 22 de noviembre de 1931