



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO, TRABAJO FIN DE GRADO

EL DESPIDO OBJETIVO
POR ABSENTISMO
LABORAL

Autor: Sergio Peña Benito

Tutora: Noemí Serrano Argüello

Convocatoria: 1ª Convocatoria (Julio de 2014).

RESUMEN

El absentismo laboral es una causa de despido que aparece recogida en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores. Se encuentra dentro del despido objetivo y es definido por la Organización Internacional del Trabajo como “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir”.

Las últimas reformas operadas en los años 2010 y 2012 han modificado el tratamiento extintivo del absentismo, lo cual ha provocado una mayor utilización de esta modalidad de despido objetivo y ha supuesto un perjuicio para el trabajador, ya que se ha individualizado el absentismo y se ha facilitado y simplificado el despido debido a que se rebaja del 5% al 2.5% el índice de absentismo total que necesita una empresa para poder despedir por causas objetivas a un trabajador con faltas reiteradas al trabajo, afectando gravemente la protección y defensa de los derechos de los trabajadores. Además, las reformas se refieren al absentismo laboral injustificado, omitiendo qué es lo que ocurre cuando se despide a causa de un absentismo laboral que es justificado.

Si bien es cierto que las últimas reformas, en particular la de 2012, han provocado una menor incidencia del absentismo laboral, también es cierto que no es ésta la única causa de esta bajada del absentismo, puesto que han influido otras múltiples causas derivadas de la crisis en la que estamos inmersos, además del miedo por parte de los trabajadores de la pérdida de su empleo.

El Estatuto de los Trabajadores introduce además un segundo párrafo en artículo 52 d) para prescribir que los supuestos de ausencias que enumera, no han de integrarse en el cómputo del absentismo individual. El elenco de supuestos se ha incrementado con las sucesivas reformas legislativas, añadiéndose nuevos supuestos como el padecimiento de cáncer o enfermedad grave, lo cual ha sido un acierto ya que se hacía necesario una mayor protección para estos supuestos.

Palabras clave: despido objetivo, absentismo laboral, faltas injustificadas al trabajo, reformas de 2010 y 2012, supuestos excluidos.

ABSTRACT

Absenteeism is a redundancy cause specified on the article 52.d) of the Workers Statute (ET). It is considered a form of objective redundancy, and it is defined by the International Labour Organization (ILO) as “the scenario in which an employee does not attend his or her workplace with no justified reason”.

The latest labor reforms, applied in the years 2010 and 2012, have altered the causes that allow to dismiss an employee by absenteeism, producing in a rise in the usage of this form of objective redundancy, which results in a prejudice against the employees. Absenteeism has been individualized, and redundancy has been facilitated and simplified, due to a drop from 5% to 2.5% of the total degree of absenteeism required for an employer to be able to fire, under objective reasons, an employee who has repeatedly failed to attend to work. This has severely affected the protection of labour rights. Furthermore, these reforms refer only to unjustified absenteeism, omitting the scenario in which an employee’s absence is justified.

In spite of the fact that the mentioned reforms, in particular the one from 2012, have helped reduce absenteeism, in all certainty they are not solely accountable for this feat. A number of factors, many consequence of the economic crisis we are immerse in, along with the fear of an employee to lose his or her job, have influenced this reduction.

The Workers Statute includes an additional paragraph on the article 52.d) to stipulate that the absence cases it enumerates do not have to be integrated on the global calculation of an individual’s absenteeism. The set of scenarios regarded by the law has been increased by the successive reforms, introducing new scenarios like suffering from cancer or other severe illnesses. This has supposed a great advance for such situations, in which more protection by the law was certainly necessary.

Keywords: objective dismissal, absenteeism, unjustified absenteeism, labor reforms of 2010 and 2012, cases excluded.

ÍNDICE

PÁGINAS

<u>I. INTRODUCCIÓN</u>	7
A.1. Objetivo e hipótesis del trabajo	7
A.2. Resumen sobre el estado de la cuestión	7
A.3. Comentario sobre la estructura empleada	8
<u>II. EL ABSENTISMO COMO CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO</u>	10
1. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS	10
1.1. Marco legal	10
1.2. Enumeración del artículo 52 ET	10
1.2.1. <i>Ineptitud del trabajador</i>	10
1.2.2. <i>Falta de adaptación a modificaciones técnicas</i>	10
1.2.3. <i>Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción</i>	11
1.2.4. <i>Insuficiencia de la necesaria consignación presupuestaria</i>	11
1.2.5. <i>El absentismo laboral</i>	11
2. INTRODUCCIÓN AL ABSENTISMO	12
2.1. Las reformas laborales de 2010 y de 2012	12
2.2. El tratamiento sustantivo del absentismo en el ET	13
3. SUPUESTOS DE INASISTENCIA EXCLUIDOS DEL CÓMPUTO DE ABSENTISMO	15
3.1. Huelga legal	17
3.2. Tiempo dedicado a funciones representativas	18
3.3. Licencias y vacaciones	19
3.4. Accidentes de trabajo	20

3.5. Enfermedad común o accidente no laboral de duración superior a 20 días	21
3.6. Maternidad y paternidad, riesgo durante el embarazo y enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia	24
3.7. Violencia de género de la mujer trabajadora	25
3.8. Padecimiento de cáncer o enfermedad grave	26
4. FUNDAMENTO DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR ABSENTISMO DEL TRABAJADOR	28
5. CÓMPUTO DE LAS FALTAS JUSTIFICADAS DE INASISTENCIA	30
5.1. Concepto de faltas de asistencia al trabajo	30
5.2. Defectos de puntualidad o ausencia parcial al trabajo	31
5.3. Posible acumulación de las faltas de asistencia	33
5.3.1. <i>Adición al cómputo</i>	35
- <i>Ausencias sancionadas anteriormente</i>	35
- <i>Ausencias con faltas ya prescritas</i>	35
5.3.2. <i>Intermitencia en las ausencias</i>	36
5.3.3. <i>Ausencia en jornadas hábiles</i>	37
5.3.4. <i>Volumen de inasistencia</i>	38
- <i>En relación con el volumen total de ausencias</i>	38
- <i>En relación con el arco temporal en el que las ausencias se producen</i>	39
- <i>Novedad de la reforma de 2012</i>	41

6. RELACIÓN DEL ABSENTISMO INDIVIDUAL CON EL PRODUCIDO EN LA EMPRESA	42
6.1. Problemas resueltos tras la derogación de la referencia al absentismo global de la empresa	43
<i>6.1.1. Cuantificación del índice de absentismo global de la empresa</i>	<i>44</i>
<i>6.1.2. Sobre las ausencias individuales en el cómputo global</i>	<i>45</i>
<i>6.1.3. Sobre la exclusión del cómputo total de las inasistencias que no computan individualmente</i>	<i>46</i>
<i>6.1.4. Cómputo y prueba del absentismo en la empresa</i>	<i>48</i>
<i>6.1.5. Fijación del índice de absentismo general de la empresa</i>	<i>49</i>
6.2. Existencia o no de relación entre el absentismo individual y el colectivo	49
7. RESPONSABILIDAD DEL FOGASA Y EL NUEVO PAPEL DE LAS MUTUAS EN EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL	52
7.1. Responsabilidad del FOGASA	52
7.2. El nuevo papel de las Mutuas en el control de la incapacidad temporal	53
8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR FALTAS JUSTIFICADAS DE ASISTENCIA	54
8.1. Análisis de la Sentencia de 16 de octubre de 2013(RJ/2013/7485)	54
<u>III. CONCLUSIONES</u>	58
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	62

I.INTRODUCCIÓN

Según la Organización Internacional del Trabajo, el absentismo laboral se define como “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir”. Aparece una referencia a este concepto de absentismo en una publicación inglesa de la OIT cuyo título es: *“World of Work 2014: Developing with jobs”*.

Pero esta definición que da la OIT es insuficiente ya que no existe una definición consensuada de lo que se entiende por absentismo laboral pues son varias las interpretaciones que se hacen de este fenómeno estando la gran dicotomía en discernir si se afronta dicha definición incluyendo todas las acepciones y motivos que forman el absentismo o se restringe a considerarlo sólo a aquella parte que es gestionable. Pese a todo, suele haber coincidencia al entender el absentismo laboral como aquel número de horas o jornadas no trabajadas respecto al número de horas o jornadas contratadas.

A.1. Objetivo e hipótesis del trabajo

En este trabajo lo que se ha pretendido es acercar un poco más la cuestión del absentismo laboral y cómo las reformas de 2010 y de 2012 han modificado el tratamiento extintivo del absentismo, lo cual va a provocar una mayor utilización de esta modalidad de despido objetivo en el futuro. Se ha intentado también en su mayor parte dar respuesta a una serie de cuestiones que surgen con la interpretación literal del precepto en el que se engloba el absentismo y que plantean muchas dudas y se han resuelto otra serie de cuestiones con la derogación de la referencia al absentismo global de la empresa.

A.2. Resumen sobre el estado de la cuestión

Respecto al resumen sobre el estado de la cuestión, las Leyes 35/2010 y 3/2012 han modificado, con singular intensidad la última, el tratamiento extintivo del absentismo, augurando un rebrote en la utilización de esta modalidad objetiva de despido. El rebajamiento y, posterior derogación, de la exigencia de tener que computar el absentismo de la totalidad de la plantilla para proceder al despido individual, ha dado paso a un nuevo método de cómputo que sólo tiene en consideración las ausencias individuales al trabajo, ampliándose, como contrapeso razonable, el listado de inasistencias no computables y articulándose un mecanismo de calibración de la totalidad de las ausencias del trabajador afectado en el año antecedente.

A estas novedades ha de sumarse la ampliación de las circunstancias en las que el FOGASA da cobertura indemnizatoria en supuestos de despido objetivo procedente, incluyéndose, en determinadas circunstancias y con el cumplimiento de determinadas condiciones, al articulado por inasistencias al trabajo. Se pone valor, en definitiva, una institución tradicionalmente poco utilizada, seguramente por la complejidad intrínseca de su relojería jurídica, pero que probablemente va a experimentar un incremento de uso, dadas las teóricas facilidades que la legislación concede a su empleo y la eliminación de los obstáculos más problemáticos de su regulación precedente.

A.3. Comentario sobre la estructura empleada

Con referencia al comentario sobre la estructura empleada en el estudio, hemos empezado centrando la cuestión del absentismo dentro del despido por causas objetivas, en el cual se encuentra inmerso, al ser uno de los supuestos del artículo 52 del ET, concretamente, en el apartado d). Posteriormente, hemos pasado ya al estudio del absentismo propiamente, haciendo una breve introducción y englobando aquí las reformas de 2010 y de 2012 así como el tratamiento sustantivo del absentismo en el ET. Después, hemos acudido a dos cuestiones teóricas más, en primer lugar, los supuestos de inasistencia excluidos del cómputo de absentismo y, en segundo lugar, al fundamento de la extinción del contrato por absentismo del trabajador. Una vez hecho referencia a estas cuestiones teóricas, nos hemos adentrado en una vertiente un tanto más práctica y problemática como son el cómputo de las faltas justificadas de inasistencia y la relación del absentismo individual con el producido en la empresa. Y para terminar, hemos enlazado esta cuestión del absentismo con la responsabilidad del FOGASA y el nuevo papel que tienen las mutuas en el control de la incapacidad temporal, que está relacionado con el absentismo de una manera indirecta y, finalmente, hemos hecho un seguimiento a alguna sentencia judicial reciente y que trate sobre un problema que se ha dado con frecuencia.

En cuanto a los datos estadísticos del INE en relación con el absentismo, llama inmediatamente nuestra atención el hecho de que mientras España es uno de los países más absentistas del mundo, con 11,4 días perdidos por trabajador y año, otros países, como Dinamarca o Canadá, obtienen ratios de 7,0 y 6,8 días respectivamente. El ratio de 4,9 días de EEUU parece “fuera de concurso”. Si se emplea la Encuesta Trimestral de Coste Laboral del INE, el absentismo en España sube desde el 3,7% en 2000 hasta el 4,9% en 2009; en 2010 y 2011 es del 4,7%, siendo del 4,3% en 2012 y 2013, lo que supone una caída interanual de medio punto porcentual. El factor determinante de la tasa de absentismo,

sigue siendo el de las horas no trabajadas por incapacidad temporal (enfermedad común, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). La crisis económica que sufrimos desde 2008, ha provocado una mayor presencia de los empleados en su puesto de trabajo, tanto porque se reducen las bajas por incapacidad temporal como porque disminuyen las horas de vacaciones y festivos, siendo esto último lo que más pesó en el cómputo global de 2010, aunque no fue relevante en 2011 ni en 2012, donde pesa fundamentalmente la reducción en IT.

Por último, es necesario mencionar que las consecuencias del absentismo laboral no sólo son de orden económico, sino que repercuten directamente en el ambiente laboral, deterioran la imagen de la empresa y afecta al compromiso de los empleados con la organización. De ahí que se intenten arbitrar distintos tipos de medidas, que podemos agrupar en los **siguientes grupos**:

- Acciones dirigidas, por una parte, a sensibilizar a la plantilla respecto al impacto negativo del absentismo para la empresa y para ellos y, por otra, a dotar a los mandos de las herramientas necesarias para gestionar y prevenir el absentismo en sus equipos.

- Acciones dirigidas a generar un clima favorable en las relaciones laborales, que permita implantar medidas de flexibilidad con responsabilidad y crear un entorno de diálogo y conocimiento de circunstancias particulares. Estas medidas pueden actuar como motor de la generación de compromiso

- Acciones dirigidas a mejorar la implicación de los empleados con la empresa, comprendiendo la relevancia de su trabajo y sus objetivos a cumplir. Impulsar la responsabilidad y los valores, buscando que cada empleado comprenda la importancia de su trabajo en el desempeño global de la empresa.

II. EL ABSENTISMO COMO CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO

1. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS

1.1. Marco legal

El artículo 49.1 l) ET se refiere a la extinción por causas objetivas legalmente procedentes, efectuándose en el artículo 52 ET una enumeración legal y taxativa de las causas que motivan el despido individual que refiere a determinadas causas objetivas y que pueden incluir incumplimientos no culpables de la prestación pero que no por ello pierden su carácter dañoso para el empresario y cuya concurrencia determina la extinción del contrato de trabajo. Se atribuye a esta forma de extinción el propósito de liberar al empresario de los perjuicios que tales causas que ahora veremos le producen.

1.2. Enumeración del artículo 52 ET

1.2.1. Ineptitud del trabajador

Lo dispone el artículo 52 del ET en su apartado a), el cual dice que puede causar la extinción del contrato de trabajo tanto la ineptitud conocida como la sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva del trabajador en la empresa, aunque la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

Se puede definir la ineptitud como una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por la falta de preparación, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo.

La ineptitud ha de ser imputable al trabajador, permanente y afectar a las tareas esenciales que desarrolla y se excluye de esta causa la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba. Por último, se consideran supuestos de ineptitud tanto la disminución involuntaria de rendimiento como la pérdida de autorizaciones o titulaciones necesarias para ejercer el trabajo contrastado, la inhabilitación, etc.

1.2.2. Falta de adaptación a modificaciones técnicas

De acuerdo con el artículo 52 b) del ET, la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo será justa causa de despido siempre que

los motivos sean razonables y hayan transcurrido más de dos meses desde que se produjo la modificación. No obstante, para facilitar la adaptación del trabajador a las modificaciones de su puesto de trabajo, se prevé la posibilidad de que el empresario ofrezca al trabajador un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional.

1.2.3. Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

Sin entrar propiamente en cada una de ellas, el artículo 52 c) del ET establece la posibilidad de que el empresario decida extinguir el contrato de trabajo cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 del ET y en número inferior al establecido en el mismo. Se trata de las mismas causas (económicas, técnicas, organizativas o productivas) que dan lugar al despido colectivo.

1.2.4. Insuficiencia de la necesaria consignación presupuestaria

El artículo 52 e) del ET establece que en el caso de contratos por tiempo indefinido concretados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiado mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

1.2.5. El absentismo laboral

Es definido por la OIT como “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir”. Viene recogido en el artículo 52 d) del ET y será analizado ahora en tanto que constituye el tema principal del trabajo y se empezará, en primer lugar, haciendo una breve referencia a las reformas de 2010 y de 2012 así como observando el tratamiento sustantivo que tiene el absentismo en el ET.

2. INTRODUCCIÓN AL ABSENTISMO

2.1. Las reformas laborales de 2010 y de 2012

El absentismo del trabajador es uno de los problemas que más preocupa en el día a día de una empresa, sobre todo si es mediana o pequeña ya que los desajustes que provoca en la plantilla generan tanto lucro laboral cesante debido a la ausencia del trabajador como daño emergente por la necesidad de que otro trabajador realice el trabajo que se ha dejado de hacer. Además provoca un enrarecimiento en el clima laboral entre los diferentes trabajadores.

El ordenamiento laboral apenas ha prestado atención a este problema y se ha trabado en un sistema rígido, formalista y de dificultosa operatividad práctica¹. Su regulación en el ET de 1980 era incluso complaciente con el absentismo ya que lo entendía como algo inevitable. Introducía para su sanción individual la necesidad de apreciar una relación directa entre las faltas individuales y el absentismo colectivo de la empresa. En este sentido, en algunos ámbitos jurídicos laborales se sigue catalogando a la causa de despido objetivo por absentismo como mecanismo de sanción o de coerción, cuando, realmente, corrige circunstancias de inasistencia al trabajo.

La falta de asistencia justificada del trabajador constituye la causa extintiva objetiva más polémica. El problema fundamental del tratamiento legal de las faltas de asistencia al trabajo era la necesidad de llevar un cómputo en la empresa sobre el absentismo general de todos los trabajadores de la empresa para averiguar si dicho cómputo se encontraba por encima de un determinado umbral. Siempre que se superase ese umbral, el absentismo individual era sancionable pero si no se superaba, no era encuadrable en las faltas que podían acarrear para procederse al despido objetivo.

Desde su instauración como motivo de despido en 1977, el absentismo fue un tema que dio lugar a una confrontación doctrinal. A resolver esta cuestión, tampoco contribuyó la reforma laboral que propicia la Disposición Adicional vigésima <<Faltas de asistencia al trabajo>> de la Ley 35/2010. Lo único que hizo la reforma de 2010 fue la rebaja del umbral de absentismo colectivo a partir del cual podía tenerse en consideración el individual producido en la empresa a efectos de despido (se rebaja del 5% al 2.5%).

¹ Alfonso Mellado, C.L ; Blasco Pellicer, A. ; Camps Ruiz, L.M , y Goerlich Peset, J.M^a, 2010 <<La reforma laboral en la Ley 35/2010>>, Tirant lo Blanch, p.93.

Ha sido la reforma bifásica de 2012 (RDL y Ley) la que ha aclarado más el panorama del absentismo y su regulación legal incidiendo en aspectos no contemplados en la anterior reforma y suprimiendo otros como la referencia al absentismo de la plantilla de la empresa como sistema de permisividad del absentismo individual².

Podemos decir con todo esto, que el juicio general sobre las reformas ha sido positivo, especialmente con la de 2012, aunque no se ha aprovechado la ocasión para profundizar en otros debates técnicos que hubiesen precisado una mayor atención legislativa. Y, si bien es cierto que las últimas reformas, en particular la de 2012, han provocado una menor incidencia del absentismo laboral, también es cierto que no ha sido ésta la única causa de esta bajada del absentismo, ya que han influido otras múltiples causas derivadas de la crisis en la que estamos inmersos además del miedo por parte de los trabajadores de la pérdida de su empleo.

2.2. El tratamiento sustantivo del absentismo en el ET

Aparece regulado en el artículo 52 d) del ET tras la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral. Dicho inciso dispone que el contrato individual de trabajo podrá extinguirse: *<<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>>.

De la inasistencia del trabajador al cumplimiento de sus obligaciones contratadas, entre las que se encuentra tanto la asistencia al trabajo como la permanencia en el puesto laboral

² Sempere Navarro, A, 2004, <<El despido: aspectos sustantivos y procesales>>, Aranzadi, p.348.

mientras realiza su cometido laboral durante un determinado período de tiempo³, deviene un claro perjuicio para el empresario, el cual espera el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del trabajador con buena fe y diligencia.

Es por esto por lo que se dice que la motivación de fondo del absentismo laboral es la de proteger el resultado útil que cabe esperar en la prestación de un trabajador, no como una mera aportación cuantitativa sino también cualitativa que se pierde por la forma en que se efectúa la prestación, jalonada por las interrupciones⁴.

Por esto y porque el trabajador entra dentro del ámbito disciplinario del empresario y su inasistencia puede provocar, en primer lugar, el despido disciplinario del trabajador si concurren las exigencias del artículo 54.2 a) del ET. En segundo lugar, la inasistencia en otro tipo de supuesto no tiene que presuponer el incumplimiento contractual grave e injustificado que está en la base del despido disciplinario: vacaciones anuales, ausencias con derecho a remuneración, etc. En tercer lugar, la inasistencia puede venir por una circunstancia sólo imputable al trabajador, no de carácter general para todos los trabajadores de la empresa, pero que se encuentra justificada, impidiendo la consideración la misma a efectos de despido disciplinario.

En esta último tipo de inasistencia, el ordenamiento es consciente de que no existe una voluntariedad del trabajador en no asistir al trabajo por lo que se entiende que se encuentra ausente la nota de culpabilidad que se predica en la articulación del despido-sanción por falta de asistencia injustificadas al trabajo del artículo 54.2 a) del ET.

Resumiendo, que el tratamiento sustantivo del absentismo en el ET está entre dos realidades empresariales:

1 El trabajador que ha dejado de acudir al trabajo por una circunstancia personal que sólo le afecta a él pero que puede justificar verosímelmente.

2 La empresa que experimenta un daño causado por dicha ausencia que, de reiterarse en el tiempo, da lugar a la extinción causal de la relación laboral.

³ <<El trabajador debe al empresario, a cambio de un salario, un tiempo de trabajo y además también un trabajo durante un tiempo>>. STSJ de Cantabria, de 26 de septiembre de 1995.

⁴ García Fernández, M, 1980, <<El rendimiento debido a la relación de trabajo>>, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm 3, oct-nov, p.392.

3. SUPUESTOS DE INASISTENCIA EXCLUIDOS DEL CÓMPUTO DE ABSENTISMO

El Estatuto de los Trabajadores del año 1980 introduce un segundo párrafo en el artículo 52 d) para prescribir que los supuestos de ausencias que enumera no han de integrarse en el cómputo del absentismo individual. Se ha incrementado el elenco de supuestos con las sucesivas reformas legislativas pero, sin embargo, en ninguna de ellas se han reordenado los supuestos que se regulan, agrupándolos en categorías más generales, por lo que su lectura puede provocar algunos problemas interpretativos.

Una pregunta que nos podemos hacer es el por qué el legislador ha excluido en concreto estos supuestos del cálculo del absentismo. Estas exclusiones responden a distintas causas.

- El derecho a la huelga ha quedado excluido del cómputo en tanto que es un derecho fundamental de la persona que es necesario garantizar y respetar y que es un derecho constitucionalizado que se encuentra recogido en el artículo 28.2 de la CE.
- Otros supuestos han quedado excluidos porque son derechos de los trabajadores tales como el tiempo dedicado a actividades representativas o las licencias y vacaciones.
- Se ha excluido también del cómputo un supuesto que ya venía incorporado en otra ley como era la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de 1999 que es el relativo a la maternidad y paternidad, riesgo durante el embarazo y enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia.
- Se ha querido también excluir del cómputo otra serie de supuestos especiales derivados del trabajo como son las ausencias provocadas por accidentes de trabajo o como consecuencia de la violencia de género de la mujer trabajadora.
- Y, como última novedad, se ha excluido un nuevo supuesto del cómputo de absentismo que ha sido recogido por la Ley 3/2012 y que son las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

La primera cuestión que surge tras la lectura del elenco de supuestos no computables es detectar si estamos ante una ejemplificación enunciativa de supuestos o el listado de causas no computables ha de considerarse como taxativo. Hay autores que entienden que el precepto tiene una naturaleza taxativa claramente⁵, de manera que únicamente la

⁵ Álvarez Alcolea, M. 1980, <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia>>, núm. 3, p.415.

conurrencia de las expresamente mencionadas serán excepcionadas del cómputo del absentismo individual, integrándose el mismo con todas las demás inasistencias que no se encuentren en el referido listado.

Pero esta posición restrictiva de algunos autores ha encontrado su contestación por parte de otros en sentido contrario⁶, basándose en dos argumentos:

- en que la norma no indica que sólo las expresamente previstas queden excluidas del cómputo de las faltas justificadas a efectos del despido.
- en que la redacción del precepto no pretende precisar los supuestos que no son de absentismo, sino únicamente señalar los que en ningún caso pueden ser considerados como integrantes de las faltas de asistencia individual, cuya acumulación origine el despido objetivo, de manera que es lógico pensar que existen más motivos de ausencia justificada que no computen a estos efectos.

Como argumento para reforzar esta última idea es conveniente saber que la doctrina ha venido entendiendo que la ausencia justificada per se constituye un incumplimiento contractual que no puede ser tenido en cuenta a efectos de integrar el despido objetivo si se encuentra en alguno de los supuestos que excepciona la norma. De esta manera, el listado de supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 52 del ET se limitaría a exonerar al trabajador de la responsabilidad que acarrea su ausencia a efectos del despido objetivo, pero nada impide que pueda haber otras circunstancias con la misma consideración.

Otros autores, aplican una perspectiva diferente en tanto que entienden que las causas que establece este inciso más que exonerar de la responsabilidad que se presume por su incumplimiento⁷, regulan supuestos de no obligatoria presencia en el trabajo, por lo que habríamos de hablar de supuestos de no exigibilidad de la prestación laboral.

Pero, en ambos casos, se aboga por entender que el listado de causas tiene un carácter enunciativo, pudiendo existir más supuestos de excepción del cómputo de las ausencias individuales de los que el precepto enuncia. El papel de dicho listado es aclaratorio de los supuestos incluidos en la excepción del cómputo y ampliatorio respecto de la fórmula con la que estaba redactado en el RDLRT que se refería únicamente a que las ausencias no

⁶ Durán López, F., 1981, <<La excesiva morbilidad como causa de despido>> núm.6, abril-junio, p.227.

⁷ González Ortega, S., 1983 <<Absentismo y despido del trabajador>>, Aranzadi, pp.199-200.

respondan a accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración.

Debe comentarse, en último lugar, que los problemas que se generan con la eventual ampliación de los supuestos que se excepcionan del cómputo de las ausencias del trabajador se relacionan con los supuestos suspensivos de la relación laboral. Puede afirmarse con carácter general que todas las ausencias debidas a alguno de los supuestos del artículo 45 del ET deben entenderse excluidas del cómputo de las ausencias.

Los supuestos de inasistencia excluidos del cómputo de absentismo son los siguientes:

3.1. Huelga legal

Pese a que no se hacía mención expresa en el RDLRT y ahora sí se hace en el artículo 52 d) del ET, la doctrina de la época ya venía entendiendo que no podía incluirse en el cómputo del absentismo las ausencias producidas por esta causa ya que respondía al ejercicio legítimo de un derecho de rango constitucional⁸. No obstante, ha sido frecuente cuestionar si las ausencias debidas a la huelga no legal integran el cómputo de ausencias individuales.

En este sentido debemos decir que las posiciones doctrinales no están conciliadas. Aún así, parte de ella aboga por entender que las ausencias derivadas a consecuencia de una huelga no legal o ilegal sí deben computarse a efectos de calcular el volumen individual de absentismo, no quedando estas jornadas excepcionadas del cómputo previsto en la norma⁹. Entienden que en la medida en que el precepto solamente se refiere a supuestos de ausencia legal al trabajo, la inclusión a sensu contrario de la huelga ilegal así como la referencia a actividades de representación legal de los trabajadores no significa la inclusión de actividades de representación ilegal, de manera que las jornadas dejadas de trabajar por el ejercicio de una huelga ilegal sí debe integrarse en el cómputo del absentismo individual.

Si tenemos en consideración que la determinación de cuándo nos encontramos ante una huelga ilegal sólo se concreta tras producirse ésta, el análisis de la cuestión adquiere otra perspectiva. Es aconsejable entender en una interpretación amplia de la cuestión, que

⁸ Durán López, F. <<El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido>>, p.97.

⁹ Ramírez Martínez, J.M. <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas>>.

Briones González, C., 1995 <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas>>, núm. 13, pp.344-5.

cualquier tipo de huelga determina la exclusión del cómputo de las ausencias al trabajo. Incluso las consideradas ilegales con posterioridad a su celebración en la medida en que cuando se celebró la huelga, no existía un mandato jurídico que considerase que dicha huelga fuese ilegal. De manera que, en estos casos, sólo podría defenderse su inclusión para determinar el absentismo individual en aquellas ausencias por motivo de huelga declarada ilegal con anterioridad a la ausencia del trabajador. En estos casos, esta interpretación no es incompatible con la eventual sanción que pudiera imponerse al trabajador por acudir a una huelga declarada abiertamente ilegal.

Seguramente, la forma más lógica de conciliar ambas interpretaciones sea entender que las ausencias debidas a huelga ilegal no computan a efectos de integrar el motivo extintivo objetivo porque son injustificadas, pero sí pueden legitimar la articulación del despido disciplinario según de qué caso se trate. De manera que la respuesta empresarial sancionadora ante la ausencia del trabajador debida al ejercicio de un derecho huelga (ya sea legal o ilegal), no se podrá deducir mediante la articulación de la extinción objetivo por absentismo.

Por último y, aunque la norma no lo mencione expresamente, parece lógico excluir del cómputo de absentismo todas las ausencias debidas a cierre patronal pues, de lo contrario, se convertiría este expediente defensivo patronal en un camino fácil para abaratar el despido de los trabajadores¹⁰.

3.2. Tiempo dedicado a funciones representativas

Aunque el RDLRT tampoco lo preveía expresamente, la doctrina de la época ya entendía que las ausencias debidas a esta circunstancia debían de excluirse del cómputo de las computables para calcular el absentismo individual. Ahora, se ha incluido dicha mención en el ET aunque, con ello, surgen problemas interpretativos, sobre todo cuando se ejercen funciones de representación fuera del crédito horario.

El ET, en este sentido, no discrimina entre las funciones ejercitadas dentro o fuera de este crédito horario, de manera que parece lógico decir que existe una presunción a favor de excepcionar del cómputo todas las ausencias que se producen directamente dentro del crédito horario, siendo necesario probar que fuera de él se ha dejado de acudir al trabajo

¹⁰ Rivero Lamas, J., 1992, <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: criterios jurisprudenciales>>, Revista General del Derecho, núm. 573, p.5511.

por el ejercicio de dichas funciones, ya que el ejercicio de dicha representación legal puede extenderse más allá de los créditos horas en la medida en que la configuración del mismo, sólo se relaciona con el problema de la retribución, de manera que ninguna de las ausencias de los representantes de los trabajadores relacionadas con estas funciones han de computarse a efectos de integrar el volumen de absentismo individual¹¹.

La norma, presume que quien ejerce las funciones representativas de los trabajadores, es un miembro que ostenta un cargo de representación unitaria por lo que queda sin saber qué ocurre con el representante sindical y su ausencia debida al ejercicio de sus funciones, aunque hay autores que piensan que la solución a este problema se solventa mediante la acreditación formal de la ausencia, de manera que la ausencia, o bien es justificada y encuentra cobertura en el artículo 37.3 e) del ET por lo que queda fuera del absentismo que se trata aquí, o bien es injustificada por lo que es objeto de sanción por mecanismos distintos al empleo del despido objetivo.

3.3. Licencias y vacaciones

Respecto a la mención licencias, seguramente el precepto quiera referirse al cúmulo de heterogéneos supuestos previstos y regulados en el artículo 37.3 del ET, de tal manera que el disfrute de los derechos allí regulados, conlleva de una forma implícita la imposibilidad de integrar el cómputo de ausencias con las jornadas hábiles dejadas de trabajar.

Parece claro que dichas ausencias para estar correctamente excluidas del cómputo, han de estar debidamente justificadas lo cual significa que compete al trabajador la responsabilidad de justificar correctamente las ausencias al trabajo y que cualquier ausencia indebidamente justificada puede integrar el cómputo de las ausencias individuales.

El artículo 52 d) del ET no refiere en relación con las licencias lapso temporal alguno en el que la excepción del cómputo de la ausencia tenga vigencia, lo que propicia a interpretar que la excepción abarca la totalidad del tiempo de duración de la licencia. Además, la escasa referencia que se hace en la norma a las licencias, permite incluir en el precepto las previsiones de similar entidad contenidas en otros pasajes del artículo 37.3 del ET y las previstas expresamente de manera creativa en el convenio colectivo.

¹¹ González Ortega, S., 1983 <<Absentismo y despido del trabajador>>, Aranzadi, pp.199-200.

Con respecto a las primeras, cabe decir que en varios apartados del ET (artículo 23.1 a, 40.4-2, 52.2), se prevén diversas interrupciones no periódicas de la relación laboral que, de producirse a lo largo de la jornada laboral hábil y estar justificadas suficientemente, determinan la imposibilidad de integrarlas en el cómputo del absentismo individual.

Con respecto a las segundas, la jurisprudencia ha entendido que la correcta justificación de la misma por el trabajador determina su consideración como ausencia justificada no computable a efectos de determinar el absentismo individual¹².

Sin embargo, parecen quedar fuera de la excepción del cómputo las ausencias debidas a la mera práctica empresarial no concretada en el convenio colectivo que sea de aplicación, siempre que se haya indiciado expresamente por la parte empresarial el cambio de política empresarial con respecto a estas cuestiones. La referencia expresa a las vacaciones, ha de conectarse con lo dispuesto en el artículo 38 del ET donde se indica que su duración será la pactada <<*en convenio colectivo o contrato individual*>>, de lo que se deduce que será todo éste período el que se encuentra protegido por la norma y no sólo el mínimo de 30 días naturales de derecho necesario.

Por último, aunque la norma no se refiere de forma expresa a los supuestos de descanso semanal o días festivos como días incluidos en la exclusión del cómputo que prevé el precepto, su inclusión en el mismo es coherente con la mención que se establece de que las jornadas computables a efectos de computar las ausencias sean los días hábiles solamente¹³.

3.4. Accidentes de trabajo

Queda excluido del cómputo del absentismo individual cualquier ausencia al trabajo que tenga su origen en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, incluso en el supuesto de que la misma tenga una duración inferior a los veinte días que el precepto establece como límite para considerar que la enfermedad es de larga duración justificada. Parece ésta una conclusión muy coherente con relación a la posición que ocupa el empresario en la distribución de los riesgos que origina el trabajo.

Si lo que permite el precepto es extinguir un contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida, parece consecuente no descargar en el trabajador todo el riesgo de la

¹² STCT de 15 de enero de 1983 y STCT de 21 de marzo de 1983.

¹³ Briones González, C., 1995, <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas>>, p.333.

imposibilidad de la prestación cuando ésta tenga su origen en circunstancias que se encuentran bajo la esfera del empresario y bajo su control¹⁴.

3.5. Enfermedad común o accidente no laboral de duración superior a 20 días

Pese a que en todas las causas de despido objetivo reguladas en el artículo 52 del ET se hace referencia a circunstancias no culpables del trabajador en la que se prevé la inasistencia del trabajador por contingencias comunes, late en muchos casos la presunción de sospecha de una conducta irregular, amparada en la legalidad de los justificantes oficiales de las ausencias al trabajo. Es por ello, por lo que se ha llegado a afirmar que las enfermedades de corta duración tienen una presunción iuris et de iure de fraudulencia¹⁵. Ahora bien, esta modalidad extintiva objetiva no da cobertura la norma a un despido por el hecho de estar enfermo o de tener una enfermedad que se considere como un estigma socialmente.

Como diferencia a lo acontecido bajo el TDLRT que entendía como inviable el despido cuando se producía una incapacidad continuada de larga duración sin distinguir ni decir nada más, el ET ha datado temporalmente esta circunstancia en veinte días, aunque quizás debieran ponerse veintiún días debido a la mecánica de adopción de los partes de baja, alta, etc por períodos de siete días¹⁶. El establecimiento de este motivo extintivo choca con la garantía que tiene el trabajador de la suspensión de su contrato en supuestos de incapacidad laboral, ya que no distingue si el proceso tiene una duración superior o inferior a veinte días. Además, no es incompatible que el trabajador soporte determinados riesgos como consecuencia de su enfermedad ya que la suspensión propiciada por esta causa no puede explicarse sino a partir de un funcionamiento anormal del contrato, siendo lógico que el trabajador tenga que soportar las consecuencias que se originan de las ausencias a él atribuibles.

En el estudio de esta causa, ha de comenzarse diciendo que en principio van a quedar fuera del cómputo de absentismo individual todas aquellas ausencias debidas a una enfermedad común o accidente no laboral que tengan una duración consecutiva superior a la prevista, siempre que la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales. Son no computables también las faltas de asistencia menores de veinte días que se deban a un único proceso mórbido, ya que la norma requiere que haya intermitencia y, en este caso,

¹⁴ González Ortega, S. <<Absentismo...>>, cit., p.190.

¹⁵ Montoya Melgar, A. <<Derecho del trabajo>>, p.479.

¹⁶ Blasco Pellicer, A. <<La reforma de la extinción del contrato de trabajo>>, p.94.

eso no se produce. De manera que son dos las exigencias con respecto a las bajas por contingencias comunes.

Respecto a la exigencia de que el proceso mórbido dure más de los veinte días continuados, el precepto no se refiere a jornadas hábiles, sino a días naturales¹⁷, de manera que se incluyen los festivos ya que lo que se trata de determinar son de los días que trabajador debería haber realizado la prestación, cuántos se ha dejado de acudir al trabajo y además fijar un límite a partir del cual la ausencia se entiende ocasionada por una incapacidad que no es de duración breve¹⁸.

En el momento de redactar el ET, surgió una gran polémica al respecto de incluir esta circunstancia como de despido objetivo ya que se detectó el peligro que suponía que el trabajador prolongase de forma artificial la situación de baja laboral para superar el lapso temporal de veinte días previsto en la norma y el problema que ocurre cuando el trabajador experimenta varias altas y bajas sucesivas por la misma enfermedad¹⁹. Pueden darse dos posibilidades ante esto:

- Defenderse que si en realidad las bajas laborales responden al mismo proceso patológico no debería entenderse que estamos en presencia de un supuesto de ausencia computable aunque cada una de ellas tenga una duración inferior a veinte días si la suma de todos los períodos de baja alcanzan los veinte días. Esta interpretación era la que mejor se adecuaba al fin de la norma.

-Defenderse que los veinte días de baja laboral por enfermedad o accidente común deben ser consecutivos. Esta es la interpretación que prevalece actualmente y que ha acogido el TS (véanse la STS de 16 de octubre de 2013, RJ 2013/7485 o la STS de 27 de noviembre de 2008, RJ 2009/386 por ejemplo).

Es interesante determinar también qué ocurre con las ausencias que duren veinte días exactamente. Parece que por lo que expresa la norma aquellas que duren veinte días, deben

¹⁷ Ramírez Martínez, J.M. <<La extinción...>>, cit., p.95.

¹⁸ González Ortega, S. <<Absentismo...>>, cit., p.194.

¹⁹ Núñez- Samper Macho- Quevedo, A., 1980, <<Extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas, económicas y objetivas>>, Edersa, p.159.

considerarse como de absentismo ya que la exoneración de la responsabilidad empieza en aquellas ausencias de más de veinte días²⁰.

Con respecto a la oficialidad del parte de baja ha de afirmarse que no es útil para excepcionar del cómputo aquellas ausencias que se justifican en testimonios médicos que no hayan sido emitidas por el facultativo competente. Aunque, en casos dudosos, deberá estarse a la veracidad de la circunstancia y no tanto a la acreditación formal de la misma. Ello no supone que el trabajador que no aporte ante la empresa el parte de baja o confirmación lo haga extemporáneamente no pueda ser sancionado por el incumplimiento del deber de comunicación a la empresa de la situación médica.

Tiene un interés particular también determinar la función que puede jugar en estos supuestos el artículo 20.4 del ET cuando permite una verificación expresa empresarial del estado de enfermedad del trabajador que se deduce para justificar su ausencia y articula una posibilidad de suspensión del complemento empresarial de incapacidad temporal. El reconocimiento de esta facultad patronal tiene una doble finalidad: reducir el perjuicio que supone para el empresario el absentismo laboral debido a enfermedades intermitentes de corta duración y reparar el posible daño económico producido en la empresa por el pago de los complementos pactados para acercar la prestación económica de incapacidad temporal al salario dejado de percibir mientras dura esta situación. Y, aunque no se duda de la operatividad de este instrumento para minimizar el perjuicio económico mencionado como instrumento encaminado a prevenir el absentismo individual, parece poco operativo por cuatro razones:

1 Porque la facultad empresarial sólo puede articularse cuando el complemento económico al que hace referencia la norma exista realmente y se perciba por el trabajador con independencia de la vigencia actual del contrato²¹.

²⁰ González Ortega, S. <<Absentismo...>>, cit., p.194.

²¹ <<...la obligación del trabajador de someterse al control médico empresarial aparece como corolario de la obligación empresarial de satisfacer ciertas cantidades económicas al trabajador durante los períodos de baja>>. Martínez Fons, D. <<El poder de control del empresario en la relación laboral>>, p.348.

2 Porque el trabajador puede negarse a ser sometido a algún tipo de prueba en su domicilio, siendo dudoso que pueda imponerse empresarialmente un desplazamiento del trabajador a un hospital o lugar donde proceder a las pruebas de confirmación.

3 Porque la máxima sanción que se prevé para esta situación de no sometimiento a las pruebas es la pérdida del complemento económico pactado así como la prestación, constitucionalmente permisible que corre a cargo del empresario desde el cuarto al decimoquinto día de baja.

4 Porque la eventual contradicción entre la baja adoptada por el facultativo de la seguridad social y el criterio mantenido por el médico designado por el empresario habrá de resolverse mediante la intervención de la inspección médica.

3.6. Maternidad y paternidad, riesgo durante el embarazo y enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia

Aunque en realidad es la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de 1999 la que incorpora en el tenor literal de la norma las situaciones de <<riesgo durante el embarazo, y enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia>>²², seguramente había que entender este tipo de supuestos en la protección que daba el anterior tenor literal de la norma como ya se hacía bajo la vigencia del RDLRT.

La excepción del cómputo del absentismo abarca todo el tiempo de duración de las circunstancias que relaciona el precepto. El único problema singular que se plantea aquí es determinar qué acontece con la mujer que haya agotado su período de descanso maternal e ingrese en incapacidad temporal por estar imposibilitada para desarrollar el ejercicio de su actividad laboral. En este supuesto así como en el que con anterioridad al parto y a la situación de maternidad se ingrese en la referida incapacidad temporal²³, la dicción de la norma: <<enfermedades causadas por 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 veinte días.

²² Sempere Navarro, A.V. <<La Ley 39/1999, de conciliación...>>, cit., p.343.

²³ Gorelli Hernández, J, 1999, <<Incapacidad temporal y maternidad>>, Tecnos, p.306.

3.7. Violencia de género de la mujer trabajadora

Este supuesto se incorpora al elenco que se excepcionan del cómputo del absentismo individual a través de la LO 1/2004 de 28 de diciembre en virtud de aquellas inasistencias de la trabajadora que tengan relación directa con la violencia de género que padece²⁴. La única modificación operada por la norma en realidad es la introducción del último inciso al precepto, que dispone: <<...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>>.

Con la introducción de dicho párrafo se pretende cerrar toda posibilidad de sanción empresarial por el ejercicio de los derechos que la norma concede a las víctimas violencia de género, entre los que destaca la posibilidad de no acudir al trabajo si ello se justifica por la atención que precise para la superación de la situación personal, o bien para evitar el acoso que puede producirse a la entrada o salida del trabajo en un horario regular, de tal forma que en estas situaciones la falta de asistencia no podrá computarse para averiguar el cómputo individual de absentismo. Esta debe ser la interpretación más lógica cuando se dispone que las ausencias han de estar <<...motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género...>>. Se contempla la falta de asistencia al trabajo por haber sufrido directamente acoso en ese período de tiempo o ser susceptible de sufrirlo en el mismo y también el tiempo dedicado a reparar las secuelas que ha dejado en la víctima mencionado acoso.

Es muy importante de esta manera el papel que juegan en este supuesto los servicios sociales con el fin de acreditar que la ausencia al trabajo se ha debido a este tipo de circunstancias. La neutralización de la ausencia al trabajo por este medio sólo es eficaz para las trabajadoras víctimas de violencia de género, de manera que no puede excepcionarse del cómputo la ausencia de la trabajadora si no se porta la orden de protección o su acreditación sustitutiva. Los encargados de concretar la atención a la trabajadora son en este caso los servicios sociales de atención o servicios de salud.

En resumen, la ausencia motivada por esta circunstancia es sólo eficaz a la hora de no computarse en el elenco de las que pueden computarse a efectos del despido por absentismo, cuando la víctima tenga acreditada judicialmente dicha condición.

²⁴ Arias Domínguez, A. 2008, <<Protección laboral y de Seguridad Social de la Violencia de Género>>, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, pp.208 y ss.

3.8. Padecimiento de cáncer o enfermedad grave

Con la Ley 3/2012 se añade un nuevo párrafo al precepto, el cual dice expresamente que <<*Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*>>. Ahora bien, es preciso aclarar con respecto a esta previsión algunas cuestiones de interpretación y de conexión con otros incisos del precepto.

Es lógico entender primeramente que las enfermedades a las que se refiere expresamente la norma son únicamente dos. La primera es el cáncer, que es una enfermedad muy concreta, de suficiente entidad y gravedad como para permitir la ausencia al trabajo sin por ello computarse a efectos de determinar el absentismo del trabajador. Sin embargo, la otra mención, la que se refiere a enfermedad grave, no define una enfermedad cierta y determinada, sino que más bien caracteriza su intensidad o extensión. Cualquier enfermedad puede ser grave en sí misma. Grave puede serlo una enfermedad muy peligrosa u otra menos agresiva de manera que se conjugan dos parámetros muy distintos de valoración de la causa que justifica la ausencia laboral. Lo que parece más claro es que la norma se refiere a dos situaciones distintas al mencionar cáncer y enfermedad grave y que la referencia a enfermedad grave no tiene que estar relacionado con un cáncer.

La extensión de la primera mención (cáncer) abarca cualquier manifestación con independencia de la intensidad que sea. El problema es, por tanto, el tratar darle una fisonomía concreta a la mención de enfermedad grave ya que la expresión, tal y como está redactada, concede mucho juego a la interpretación caso por caso aunque parece exigible que todas las inclusiones se caractericen al menos por ser una enfermedad médicamente constatada, necesitada de un tratamiento médico específico y provocar en el trabajador unos perjuicios psicofísicos de difícil delimitación pero limitadores de la realización de la actividad laboral claramente.

Lo que no parece exigible es que la enfermedad grave o el cáncer tengan una gravedad extrema. El legislador está pensando seguramente en las disfunciones orgánicas que provocan en el trabajador los tratamientos de radio y quimioterapia, dificultándole o impidiéndole el acudimiento al trabajo de manera óptima. Ahora bien, la mención a enfermedad grave permite incluir otro tipo de situaciones generadoras de dicha imposibilidad. Pero lo esencial que quiere la norma es que no se tengan en consideración a efectos del cómputo del absentismo individual las ausencias ocasionadas por haber recibido tratamiento médico a consecuencia de una enfermedad grave o cáncer.

Además, ese tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave no ha de provenir de una contingencia profesional de manera que ha de constar fehacientemente que el padecimiento del trabajador no guarda relación alguna con el trabajo pues, de lo contrario, debería quedar excepcionada cualquier ausencia, también las menores de veinte días.

En definitiva, el supuesto se refiera a cáncer o enfermedad grave derivada de contingencias comunes que provocan la inasistencia al trabajo de duración inferior a veinte días consecutivos, por lo que el legislador está pensando muy probablemente en la ausencia al trabajo provocada por la indisposición personal tras los ciclos de quimioterapia a los que se somete el trabajador que padece cáncer.

Ahora bien, el único punto oscuro que nos queda y al que hemos venido haciendo referencia es la interpretación que ha de dársele a la mención enfermedad grave que emplea la norma. ¿Se refiera a cualquier tipo de enfermedad o sólo a las que tengan que ver con el cáncer que es la directamente mencionada? Para ayudarnos a responder a esta cuestión, puede servir el Real Decreto 1148/2011 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.

En todo caso, parece lógico entender de manera un tanto restrictiva la mención normativa sin darle una interpretación lo más amplia posible. En definitiva, cualquier enfermedad que obligue al trabajador a recibir un tratamiento médico que le impida acudir al trabajo de manera intermitente, menos de veinte días consecutivos, sería incluíble eventualmente en esta mención²⁵. Y esto, con independencia que el trabajador haya ingresado en incapacidad temporal por padecer la enfermedad grave o tener cáncer.

²⁵ Martín Valverde, J. y García Murica, J. 2012, << El despido. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012>>, Thomson Reuters, p.392.

4. FUNDAMENTO DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR ABSENTISMO DEL TRABAJADOR

El fundamento por el cual se permite la extinción del contrato de trabajo en circunstancias de absentismo laboral está relacionado directamente con la excesiva onerosidad sobrevenida que al empresario le produce contar en su plantilla con un trabajador que, de manera intermitente pero de forma reiterada, deja de acudir al trabajo, pese a que tenga una justificación para ello que le exima de ser sancionado disciplinariamente²⁶.

El desequilibrio de las prestaciones se produce porque el empresario sigue soportando los costes deducidos del mantenimiento del vínculo contractual.

Lo que se pretende es, por tanto, luchar contra el absentismo individual en la empresa, especialmente contra las ausencias al trabajo que por su breve intermitencia y duración son más difíciles de controlar pero que son las que más problemas generan a la hora de deducir si son verdad o no.

Lo que caracteriza este tipo de extinción es que el trabajador cuenta con una justificación suficiente, desde un punto de vista formal al menos, a la hora de no acudir al trabajo. De manera que la reacción del empresario sobre la continuación del vínculo laboral sólo se articulará cuando dicha inasistencia sea de gran entidad y provoque con su repetición e intensidad, graves perjuicios a la empresa. Además, la justificación de la inasistencia evita que el trabajador sea sancionado disciplinariamente aunque sería posible la extinción del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida.

Se permite entonces la extinción del contrato de trabajo, pero como no existe una culpabilidad del trabajador en la circunstancia de haber dejado de asistir al trabajo, se le va a indemnizar incluso en el supuesto de procedencia de la decisión del empresario.

Ha de estar claro también que no cualquier inasistencia al trabajo va a dar lugar a la extinción del contrato de trabajo por esta causa y que no cualquiera de ellas va a poder sumarse a otras en que haya incurrido el trabajador con el fin de establecer el cómputo global de las mismas ya que hay algunas inasistencias que no son computables a la hora del cálculo del absentismo individual. De manera que la inasistencia castigada es aquella

²⁶ Alzaga Ruiz, I, 2004, <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas>>, Aranzadi, p.348.

reiterada en el tiempo aunque intermitente y que supere el parámetro legal que establece el ET.

Tradicionalmente, desde la vigencia del RDLRT fundamentalmente²⁷, se ha venido entendiendo que esta causa extintiva lo que pretendía era luchar únicamente frente a la excesiva morbilidad en el trabajo, siendo ésta la proporción de personas que enferman en un determinado sitio y período de tiempo²⁸. El objetivo era la lucha contra el absentismo producido con circunstancias relacionadas con enfermedades del trabajador de corta duración, muy difíciles de probar. Se establecía para estos casos una presunción *iuris tantum* de fraudulencia de este tipo de bajas.

Pero, tras la entrada en vigor del ET, la *ratio iuris* de la norma tiene otra consideración. Ahora, se pretende luchar contra cualquier tipo de absentismo y no sólo contra el producido por morbosidad excesiva del trabajador. El cambio de perspectiva es radical y se regulan tres bloques de ausencias en la norma: la que se incrusta en el despido disciplinario, las que se incrustan en el despido objetivo y aquellas otras que ni siquiera deben tener la consideración de ausencias al trabajo.

Este cambio de perspectiva nos permite afirmar que el bien jurídico tutelado en el despido objetivo por esta causa es la productividad de la empresa, uno de cuyos enemigos con más entidad es, el absentismo. De manera que esta causa de extinción descansa en una doble legitimación:

- Por una parte, en una razón imputable pero independiente de la voluntad del trabajador que es la excesiva morbilidad intermitente.
- De otra parte, en el interés de la empresa para la defensa de la productividad y de su organización, interés éste que puede verse lesionado por las ausencias frecuentes del trabajador.

La jurisprudencia²⁹, pone el punto de interés del funcionamiento del motivo extintivo no tanto en la distinción entre las categorías de faltas de asistencia justificadas o injustificadas,

²⁷ Con anterioridad al RDLRT la ausencia no imputable al trabajador se reconducía a los supuestos de fuerza mayor. Alonso Olea, M, 1957, <<El despido>>, Instituto de Estudios Políticos, p.137.

²⁸ Durán López, F, 1978, <<El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido>>, Revista de Política Social, núm 117, enero-marzo, pp.96-97.

²⁹ Durán López, F, <<La excesiva morbilidad...>>, cit., pp.226 y ss.

sino en si las producidas son o no de fácil comprobación. Desde este punto de vista, podemos afirmar que no estamos ante una forma de despido, sino ante una modalidad extintiva, de manera que este supuesto no pretende atajar conductas fraudulentas del trabajador, sino descargar a una de las partes de la relación laboral (el empresario), del gravamen que supone mantener en su puesto de trabajo a un trabajador que, de manera consciente y a él únicamente imputable aunque no culpablemente, decide no acudir al trabajo en unas determinadas jornadas completas.

Ahora bien, en estos últimos años se están introduciendo otras respuestas por parte del ordenamiento jurídico para combatir el absentismo en las empresas más allá de las previstas en el propio ET. Una de ellas, es la de incentivar económicamente a los trabajadores que acuden al trabajo con el fin precisamente de evitar el absentismo. Otras veces, en vez de incentivos económicos, la respuesta que da el ordenamiento es la de ofrecer días de descanso o una reducción de los tiempos de trabajo al trabajador no absentista con el fin de estimularle y de evitar así un mayor porcentaje de absentismo en las empresas.

Estos incentivos pueden ser de carácter individual en el que el único beneficiado va a ser el trabajador no absentista o bien económicamente o bien a través de reducciones del tiempo de trabajo o a través de un aumento de los días de descanso, pero también pueden ser de carácter colectivo, referidas al conjunto de trabajadores de la empresa.

5. CÓMPUTO DE LAS FALTAS JUSTIFICADAS DE INASISTENCIA

5.1. Concepto de faltas de asistencia al trabajo

El primer problema que plantea el precepto es descifrar qué es lo que quiere decir la norma cuando se refiere al supuesto de hecho extintivo <<Por faltas de asistencia al trabajo...>>.

Nos preguntamos entonces si la falta de asistencia se produce en el centro o en el puesto de trabajo. Si entendemos que el supuesto se integra en lo segundo, estamos introduciendo un elemento voluntarista en la medida en que el trabajador sí acude al trabajo (ya que se encuentra en el centro de trabajo), suponiendo que de manera consciente y voluntaria, pero desiste (de manera voluntaria), de incorporarse a su puesto de trabajo. Esta circunstancia se podría incorporar al despido disciplinario en tanto que regula la desobediencia.

Por lo que parece más razonable acudir a la primera interpretación en tanto a que vincula la ausencia en el centro de trabajo. Esto supone, de un lado, que la circunstancia de presencia del trabajador en el centro de trabajo (aunque no esté realizando la tarea encomendada) impide integrar este motivo extintivo debiendo reconducirse hacia el despido disciplinario y, de otro lado, que toda ausencia del centro de trabajo puede presuponer la integración del motivo extintivo objetivo a no ser que el trabajador alegue algún argumento que excluya esta consideración.

En primer lugar, por el carácter plenamente injustificado de la ausencia, lo que nos lleva a reconducir su inasistencia al terreno del despido disciplinario cuestionándonos la posibilidad de acumular ausencias justificadas e injustificadas para integrar el cómputo de las consideradas inaceptables por el ordenamiento. En segundo lugar, por estar realizando fuera del centro de trabajo una actividad laboral encomendada por el empresario, circunstancia que impediría integrar el motivo extintivo objetivo ya que se está realizando un cometido laboral y se está asistiendo al trabajo aunque éste se realice de manera puntual fuera del centro. Y, en tercer lugar, porque la ausencia es de las consideradas no computables en el listado de circunstancias que regula el artículo 52 d) del ET en su párrafo segundo.

La apreciación de la concurrencia de la causa pivota en lo siguiente: la inasistencia constatada al centro de trabajo, con independencia de la influencia en esta realidad de la intervención más o menos culpable del trabajador.

5.2. Defectos de puntualidad o ausencia parcial al trabajo

Para entrar en la cuestión sobre si los defectos de puntualidad o ausencia parcial al trabajo pueden considerarse faltas de asistencia para el cómputo del absentismo, debemos de establecer algunas premisas previas. El trabajador ha de incurrir en auténticas inasistencias al trabajo que se prolonguen durante toda la jornada laboral no siendo suficientes los meros retrasos de puntualidad³⁰, produciéndose éstos por incorporarse el trabajador con retraso al comienzo de la jornada laboral o por abandonar el trabajo antes del final de la misma o incluso por ausentarse temporalmente durante ella.

³⁰ Martínez Abascal, V.A y Herrero Martín, J.B, 2012, <<Curso de Derecho del Trabajo>>, Tecnos, p.709.

Debe diferenciarse entonces entre inasistencia al trabajo (en el sentido de no estar presente en él) de las impuntualidades del trabajador incluyéndose aquí todos los posibles períodos de ausencia temporal. Debemos decir que no es razonable reconducir las varias faltas de puntualidad en las que incurra el trabajador de forma separada en una sola ausencia al trabajo, agrupando todas las horas dejadas de trabajar para completar una ausencia de jornada completa de trabajo.

Hay otros autores que mantienen diferente parecer y entienden que las ausencias parciales dentro de la jornada de trabajo gozan de la intermitencia y, por ello, abogan porque las faltas de asistencia parcial al trabajo, aún siendo justificadas pero reiteradas, integren esta causa, pero únicamente cuando por sí mismas o sumadas a otras totales tengan la envergadura cuantitativa que exige la norma³¹. Esta posición parece de difícil concreción práctica ya que el problema para concretar esta posibilidad consiste en determinar en qué momento una falta de puntualidad puede llegar a ser una falta de asistencia, para cuya concreción se observan tres criterios distintos³²:

1 Entender que las ausencias parciales al trabajo durante una jornada no son realmente faltas de asistencia al trabajo sino de mera puntualidad ya que para que se produzca la inasistencia es necesario una ausencia total durante la integridad de la jornada a la que se refiere.

2 Considerar que las ausencias parciales constituyen auténticas faltas de asistencia.

3 Estimar que las ausencias parciales son falta 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.

La solución más correcta, está por relacionar la ausencia con la configuración jurídica de la jornada de trabajo indicando que el ET configura la jornada laboral como una unidad inescindible y extendiendo ésta por más o menos horas de trabajo efectivo dentro de un día natural incluso aunque la prestación se realice en jornada partida. Esta consideración impondría que las faltas de asistencia al trabajo computables han de ser las que abarquen la totalidad de la jornada laboral, de manera que no hay una modalidad objetivo de extinción basada en la impuntualidad del trabajador, solamente en su inasistencia.

³¹ Briones González, C, <<La extinción...>>, cit., p.318

³² González Ortega, S, <<Absentismo...>>, cit., pp. 166-7.

5.3. Posible acumulación de las faltas de asistencia

Otro problema que se plantea es si a las faltas de asistencia justificadas pueden sumársele las injustificadas en las que incurra el trabajador para completar el cómputo individual del absentismo.

Hay autores que entienden que esta acumulación no es posible para proceder al despido objetivo³³. Alegan que nos encontramos ante una extinción como medio de facilitar la terminación del vínculo en un supuesto legalmente tasado de excesiva onerosidad y, que en la medida en que responden a una lógica distinta que el disciplinario, no cabe la utilización combinada de ambos supuestos contenidos en cada uno de ellos para dar vida a una causa de despido que autónomamente no podría subsistir.

Otros autores³⁴, por su parte, entienden que lo prioritario es castigar el fenómeno del absentismo y con más razón si cabe el injustificado, de manera que dicen que esta adición de ausencias (tanto justificadas como injustificadas) para calcular el absentismo global del trabajador constituye el supuesto más razonable del despido objetivo debido a que parecería desproporcionado poder despedir a un trabajador que acumula un número determinado de faltas justificadas de inasistencia al trabajo y no hacerlo a quien acumula el mismo número de ausencias totales pero de manera repartida e injustificadas.

Respecto al ET, éste se refiere aquí a las <<faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes...>>. De esta expresión, lo que se puede deducir es que la norma pretende que cualquier tipo de faltas de asistencia pueda ser castigada ya que, en caso contrario, la dicción del precepto hubiese sido más sencilla habiéndose referido a <<faltas de asistencia al trabajo justificadas>>. Si hacemos una interpretación gramatical correcta del precepto del ET llegamos a la conclusión de que en principio se computan las faltas de asistencia sin distinción alguna ya que podemos emplear el término <<aun>> como sinónimo de incluso. Las sucesivas leyes 35/2010 y 3/2012 han eludido pronunciarse sobre esta cuestión quedando ésta en el plano de la hermenéutica jurídica. Pese a todo, es posible llegar a la conclusión a la que acabamos de aludir por tres razonamientos:

³³ Durán López, F, <<El despido por circunstancias...>>, cit., p.98.

³⁴ Sagardoy Bengoechea, J.A, 1971 <<Ineptitud, despido y desempleo>>, Revista de Política Social, núm. 89, enero- marzo, p.150. También Sala Franco, T, <<El régimen jurídico...>>, cit., p.18.

1 Porque si el legislador hubiese querido excepcionar del cómputo de las inasistencias las injustificadas, lo hubiese hecho expresamente.

2 Porque con la inclusión de la mención <<pero intermitentes>> a las faltas justificadas parece decir que las faltas justificadas continuadas dan lugar a la consecuencia extintiva. Y de ser así, no habría razón para excluir del cómputo de las faltas de asistencia las injustificadas.

3 Porque las faltas de asistencia que se quieren combatir con esta causa de extinción subjetiva son aquellas en las que hay una sombra de sospecha sobre la veracidad de la circunstancia que impide acudir al trabajo al trabajador, de manera que la expresión <<aun justificadas>> pretende en todo caso señalar que el trabajador puede ser despedido incluso aportando una justificación verosímil de su ausencia³⁵.

De estos argumentos, se entiende más correcto que el motivo se integre con cualquier tipo de faltas de asistencia: las justificadas y las injustificadas. De no interpretarlo así, se castigarían con más dureza las faltas que tienen justificación que aquellas que son irrazonables o abiertamente injustificadas, pudiendo llegar a darse la incongruencia de permitir el despido a quien aporta una justificación para su inasistencia e impidiéndolo para el que carece de ella.

Aunque si se admite esta posibilidad, lo que parece quedarse fuera de la norma es la integración de los porcentajes que son necesarios para proceder al despido objetivo exclusivamente con faltas de asistencia injustificadas. De esta manera, el problema radica en calibrar el porcentaje razonable de faltas injustificadas que pueden sumarse a las justificadas para acudir a esta modalidad extintiva. Con todo y, dado como se expresa la norma, parece exigible una mayoría de ausencias justificadas. Hay que decir también que la jurisprudencia ha puesto más énfasis en el control de las faltas de asistencia que en distinguir entre ausencias justificadas e injustificadas.

Pero bien, admitida la posibilidad de integrar el cómputo de las ausencias con faltas tanto justificadas como injustificadas, surgen dos cuestiones nuevas en la concreción práctica de esta posibilidad que veremos ahora en el subepígrafe 5.3.1.

³⁵ Briones González, C, <<La extinción...>>, cit., p.321.

5.3.1. Adición al cómputo

- Ausencias sancionadas anteriormente

La cuestión aquí es determinar si puede integrarse el cómputo global de absentismo individual con faltas injustificadas que ya hayan sido objeto de sanción anterior. Aquí, el principio *non bis in idem* no constituye obstáculo alguno para entender que una falta ya sancionada pueda integrar el cómputo de la totalidad de la que pueden tenerse en consideración para integrar el porcentaje que se quiere en la extinción objetiva por dos motivos:

1 Porque en el despido objetivo no nos encontraríamos ante una sanción propiamente sino ante la extinción del contrato por un hecho objetivo impediendo de la continuación del vínculo laboral.

2 Porque el ordenamiento no impide considerar como falta grave y sancionarla como tal, la acumulación de varias leves.

- Ausencias con faltas ya prescritas

La cuestión aquí es determinar cómo juega la prescripción de las faltas, precisando si pueden tenerse en consideración para integrar el motivo extintivo faltas de asistencia injustificada ya prescritas. En la doctrina se han encontrado conclusiones contradictorias de esta cuestión partiendo todas ellas de que el cómputo de las faltas totales de asistencia puede integrarse por faltas justificadas e injustificadas.

Hay quienes argumentan, que en la medida en que nos encontramos ante una extinción objetiva y no ante una sanción empresarial propiamente, el cómputo puede integrarse con faltas injustificadas de asistencia ya prescritas siempre que se respeten los límites temporales que se precisan en la norma³⁶.

Pero en muchas ocasiones esconden motivos de fondo. No es razonable entender que la prescripción de faltas juega a favor del trabajador en el motivo disciplinario de despido por ausencias injustificadas al trabajo y no en el de extinción objetiva por ausencias injustificadas. Se mire por donde se mire, aquí nos encontramos ante un acto extintivo unilateralmente decidido por el empresario y recibido así por el trabajador, de manera que

³⁶ Sala Franco, T, <<El régimen jurídico...>>, cit., p.19.

en su imposición no pueden obviarse las reglas que establece el ordenamiento a favor del trabajador y en las que se encuentra la prescripción de las faltas cometidas³⁷.

Y desde este punto de vista, hay que afirmar que la prescripción hace irrelevante la falta de asistencia injustificada que no ha sido objeto de sanción ya que, en caso contrario, perdería sentido la institución de la prescripción.

Otro aspecto interesante a destacar es que no puede aplicarse analógicamente para este despido objetivo la interpretación según la cual el comienzo del cómputo de la prescripción de la falta sancionada disciplinariamente es el del auténtico conocimiento por parte del empresario de la infracción cometida por el trabajador. Además, cuando nos encontramos ante una falta injustificada que es conocida por el empresario y no sancionada en tiempo y ya prescrita, puede presumirse que el empresario decidió no sancionarla por lo que no parece razonable consentir que luego se tenga en cuenta a efectos de integrar el cómputo de ausencias totales individuales en el motivo extintivo objetivo³⁸.

En resumen, sólo es legítimamente aceptable que el motivo extintivo de faltas de asistencia al trabajo aun justificadas se integre con las injustificadas siempre que estas últimas no hayan prescrito, hayan sido o no objetivo de previa sanción empresarial.

5.3.2. Intermitencia en las ausencias

El precepto del ET exige además de las ya circunstancias comentadas, que las ausencias tengan un carácter intermitente. La RAE define la intermitencia como lo que se interrumpe, cesa y prosigue y se repite. La exigencia en este caso de que las faltas sean intermitentes apunta a una inasistencia discontinua. Pese a que esta cuestión no ha sido muy tratada por la jurisprudencia ha de quedar claro que la ausencia de intermitencia en las faltas al trabajo impide la aplicación del artículo 52 d) del ET por lo que no puede emplearse esta modalidad cuando existe un único período de ausencia al trabajo, por más que éste integre el cómputo individual. Ha de darse al menos un período de vuelta al trabajo, con el fin de que las ausencias sean realmente intermitentes.

Aún así, se ha planteado una cierta conflictividad en el cómputo de las varias ausencias reiteradas debido a un mismo proceso que experimenta el trabajador consecutivamente,

³⁷ Briones González, C, <<La extinción...>>, cit., p.322.

³⁸ Alzaga Ruiz, I, <<La extinción del contrato...>>, cit., p.350.

entendiéndose que, aun siendo ausencias intermitentes, al responder a un mismo proceso, pueden considerarse que responde a una misma etiología y que no han de computarse a efectos del despido objetivo pese a reunir la característica de intermitencia.

Por último, la exigencia de que las faltas sean intermitentes se ha interpretado de manera que no es necesario que sean todas ellas debidas a la misma circunstancia pudiendo tenerse en cuenta faltas de asistencia que respondan a distinta etiología.

5.3.3. Ausencia en jornadas hábiles

Es necesario saber qué entiende la norma por la expresión << jornadas hábiles >>. Pues bien, dice que debe entenderse como días de trabajo efectivo para la empresa de que se trate, es decir, como los días totales del período en los que el trabajador debería haber acudido al trabajo y sólo respecto de los cuales podría producirse la ausencia³⁹.

Esto supone la exclusión del cómputo de los domingos y días festivos en los que el trabajador no tiene que acudir al trabajo, así como de las vacaciones en su totalidad donde no nos encontramos realmente ante faltas de asistencia al trabajo, sino ante días en que no es exigible la prestación laboral.

El problema, puede plantearse cuando el trabajador pretenda recuperar alguna o algunas de las jornadas dejadas de trabajar acudiendo al lugar de trabajo en días en los que no tenía la obligación de acudir con el fin de aminorar con esta conducta el volumen de ausencias en las que ha incurrido.

Teniendo presente el límite que supone la imposibilidad de sustituir las vacaciones por remuneración según el artículo 38.1 del ET, puede afirmarse que la permisibilidad de esta solución queda en manos del empresario, quien puede consentir esta posibilidad pero sabiendo que no tiene el trabajador un específico derecho a la recuperación de las jornadas dejadas de trabajar.

Hay que mencionar que de la referencia en la norma a jornadas hábiles se deduce también que la ausencia al trabajo la media jornada del sábado (si así se establece el período de distribución semanal de la jornada) supone la inasistencia a un día completo de trabajo y no a media jornada de trabajo ya que la jornada de trabajo se calcula sobre la semana y no sobre el día.

³⁹ González Ortega, S, <<Absentismo...>>, cit., p.208.

Por último, mencionar que también debe considerarse como jornada hábil aquella en la que el trabajador debe acudir a los centros de capacitación profesional cuando se trate de trabajadores con un contrato de formación. Y también aquellas actividades encomendadas empresarialmente que sean sustitutivas de una jornada de trabajo.

5.3.4. Volumen de inasistencia

Se exige por la norma que el volumen de inasistencias individuales se produzca dentro de un determinado período de tiempo concreto, de manera que si la acumulación de faltas de asistencia al trabajo queda por debajo del umbral fijado en la norma, no se va a poder articular el despido objetivo por absentismo, quedando estas inasistencias fuera de toda sanción empresarial pues todas ellas se encuentran justificadas.

De tal manera que es el volumen excesivo de faltas de asistencia al trabajo lo que permite reaccionar mediante esta modalidad extintiva ya que es únicamente cuando se produce excesiva onerosidad sobrevenida que legitima la respuesta por parte del empresario.

Dispone expresamente el precepto tras la reforma de la Ley 3 / 2012 que las ausencias deben alcanzar: *<< 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 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses>>*.

Aquí nos vamos a encontrar con dos grupos de problemas, en primer lugar, en relación con el volumen total de ausencias y, en segundo lugar, en relación con el arco temporal en el que las ausencias se producen, que tenemos que analizar así como con la novedad que incorpora la reforma de 2012 en este punto que también analizaremos.

- En relación con el volumen total de ausencias

El porcentaje de ausencias deberá ser, al menos, igual al 20 % o el 25 % de las jornadas hábiles, ya que el término alcanzar que emplea la norma significa obtener ese porcentaje⁴⁰. No se exige, por tanto, que se supere dicho porcentaje, basta con que se alcance, por lo que se permite el recurso a la medida extintiva en los supuestos en los que el referido porcentaje se iguale.

⁴⁰ González Ortega, S, <<Absentismo...>>, cit., p.209.

Evidentemente, el cómputo de las ausencias no tiene necesariamente que alcanzarse en cada uno de los dos períodos de referencia singularmente considerados, sino que basta que las ausencias en su conjunto se superen el los períodos totales de referencia. De manera que, se integraría el supuesto por ejemplo con un grado de ausencia del 10% en un mes y el 30% en el siguiente consecutivo, lo que haría una media del 20% requerido por la norma.

Hay una STS de 5 de octubre de 2005 que concreta al respecto lo siguiente: que la fórmula legal precisa dos posibilidades de cómputo, o bien las faltas alcanzar el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos y, que en ambos casos, lo que cuenta son los períodos en conjunto.

No obstante, hay otros autores que entienden que el porcentaje debe necesariamente alcanzarse en cada uno de los meses (dos o cuatro) y no en el conjunto del período⁴¹, ya que argumentan 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 repetidas en el tiempo con cierta regularidad, parece fundado pensar que el porcentaje exigido ha de alcanzarse en cada uno de los meses de referencia.

Pese a este último razonamiento, entendemos que es más razonable la interpretación que aboga por considerar el grado de ausencia en los períodos globales de referencia sin tener que producirse el volumen total en cada concreto mes del cómputo ya que lo que pretende la norma es combatir el absentismo reiterado y recurrente en la empresa, siempre que alcance un determinado porcentaje global ya que exigir que en todos los meses se alcance al menos el 20% de ausencia al trabajo si los meses son consecutivos, o el 25% si son no consecutivos revelaría una inconcurrencia al trabajo más que un absentismo puntual.

- En relación con el arco temporal en el que las ausencias se producen

La cuestión relevante a efectos de establecer el período de tiempo en el que han de producirse las ausencias, consiste en determinar si los meses a los que alude la norma son naturales (se computan de fecha a fecha) o la norma refiere períodos (consecutivos o alternos según qué casos) de treinta días.

Algunos autores entienden que los meses a los que se refiere la norma son naturales y no de fecha a fecha ya que esta interpretación confiere mayor seguridad jurídica e incluso abre

⁴¹ Ramírez Martínez, J.M, <<La extinción...>>, cit., p.95.

al empresario un período de decisión a los efectos del ejercicio de la facultad de despido en relación a los meses anteriores⁴².

Pero también puede entenderse razonablemente, interpretar la mención legal en relación a períodos de treinta días o incluso entender que lo que quiere la norma es que la regulación del cómputo se realice de fecha natural a fecha natural.

Aunque pueden defenderse cualquiera de estas tres interpretaciones, lo más razonable parece entender que el período de un mes refiere a un cómputo mensual de fecha a fecha, en la medida en que quizá sea la forma de cómputo que dificulta más una planificación absentista por parte del trabajador.

Obviamente, también es preciso decir que la concurrencia de los cuatro meses discontinuos quiere significar que el empresario puede elegir aquellos cuatro lapsos temporales que considere más oportunos, siempre dentro del arco temporal anual.

En el RDLRT se circunscribía el arco temporal en el que se producían las ausencias a un año, pero el ET con una mayor concreción se ha referido a un período de doce meses, eliminando de este modo la duda que existía en torno a si el inicio de cada año natural obligaba a reiniciar el cómputo de las ausencias sin poder tener en consideración faltas de asistencia de los últimos meses, aunque ya la jurisprudencia había precisado con anterioridad a la entrada en vigor del ET en 1980 que el año al que se refiere la norma es el período de doce meses sucesivos y anteriores a la fecha de despido.

De manera que, el empresario no puede pretender integrar el cómputo de las ausencias individuales por períodos que escapan a ese arco temporal de doce meses, ya que no es la finalidad que pretende la norma⁴³. Además, como criterio auxiliar, hemos de tener presente que la prescripción contenida en el artículo 60.2 del ET no juega para las faltas de asistencia justificadas, ya que ésta se prevé para las consecuencias sancionadoras, distintas a las reguladas en el artículo 52 d) del ET.

En cuanto a la introducción del arco temporal de doce meses, éste introduce una especie de prescripción absoluta de las ausencias computables, vedándose de esta manera la posibilidad de que el empresario pueda integrar el absentismo sancionable con faltas

⁴² González Ortega, S, <<Absentismo...>>, cit., p.212.

⁴³ González Ortega, S, <<Absentismo...>>, cit., p.211.

justificadas del trabajador fuera de ese arco temporal retroactivo incluso si las ausencias tuviesen el carácter de computables⁴⁴. Pero, ahora bien, dentro de este período anual, el empresario puede elegir el arco temporal que prefiera sin que sea exigible que dicho arco sea inmediatamente anterior a la fecha de extinción del contrato.

Interpretando la norma de esta forma es posible que se da la situación de tener trabajando a un empleado que puede ser despedido en cualquier momento antes del fin de del cómputo anual desde que cometió la primera ausencia computable.

- *Novedad de la reforma de 2012*

Lo que hace la Ley 3/2012 es alterar de una forma muy ligera el tenor literal del precepto con el fin de introducir una regla de dulcificación del absentismo individual. El inciso del precepto ha sido, por tanto, modificado para concretar con respecto a las ausencias aun justificadas en dos meses consecutivos que debe considerarse absentismo punible <<*siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles*⁴⁵>>.

Este nuevo inciso sale al paso de la crítica que se realizó al RDL de febrero de 2012 lo que permitía que una inasistencia de nueve días (no tienen por qué ser consecutivos) sobre una jornada de cinco días hábiles en dos meses consecutivos, pudiera facilitar el despido objetivo de un trabajador que no haya tenido ninguna ausencia más en el antecedente año natural. Ahora, se introduce un criterio de medida sobre el comportamiento absentista del trabajador que tiene en consideración un volumen de tiempo mayor que la referencia bimensual.

De manera que, ahora, en una jornada laboral de cinco días en cuarenta y ocho semanas de trabajo anuales, faltar nueve días al trabajo en dos meses consecutivos sí integra el cómputo de ausencias al trabajo, pero no el general que se prevé ahora, ya que en estos momentos, para llegar al volumen castigable, el trabajador debe faltar en ese referido año natural

⁴⁴ Briones González, C, <<La extinción...>>, cit., p.329.

⁴⁵ Llama la atención que la referencia a este cinco por ciento se realice en letra, frente al 20 o 25% que se sigue redactando en número. Sería deseable una unificación en la redacción de las menciones. Torollo González, F.J, 2012, <<Despidos individuales, disciplinarios y por causas objetivas>>, Civitas, p.220.

antecedente al menos doce días y, de esos doce, nueve estar comprendidos en dos meses consecutivos.

6. RELACIÓN DEL ABSENTISMO INDIVIDUAL CON EL PRODUCIDO EN LA EMPRESA

Hasta la Ley 3/2012, la sanción al absentismo individual mediante la modalidad del despido objetivo, requería la constancia del absentismo individual del trabajador en las jornadas hábiles y períodos de tiempo que requería la norma y, que el absentismo de la totalidad de la plantilla de la empresa en el mismo período de tiempo en el que se apreciaba el absentismo individual, fuese superior a un determinado porcentaje que⁴⁶, tradicionalmente, el ET exigía que fuese superior al 5%. Se entendía, por tanto, que no se podía sancionar a un trabajador aunque individualmente superase el porcentaje requerido por la norma, que no superaba el umbral referencial en la totalidad de la plantilla.

El RDL 10/2010, de 16 de junio, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado de trabajo y, posteriormente, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, rebajaron este umbral colectivo al 2,5% creyendo que con dicha rebaja se iba a luchar mejor contra el absentismo recurrente y reiterado, que es el absentismo más perjudicial para la empresa⁴⁷, pero se equivocaban y, en la actualidad, no existe este límite. La Ley 3/2012 ha suprimido la referencia al absentismo global de la empresa y no hay relación alguna entre el absentismo individual y el de la totalidad de los trabajadores de la empresa a efectos del despido objetivo lo que supone un gran avance para la represión del absentismo individual, que pasa a ser una cuestión individual y no colectiva como lo era antes.

La referencia al absentismo colectivo corroboraba de una manera implícita la idea de que el interés del precepto es la productividad de la empresa medida según los parámetros que se indican.

La referencia al absentismo global de la empresa contenido en la norma provocaba varios tipos de problemas que ahora vamos a pasar a desmenuzar pero, antes de esto, es necesario recordar qué ocurría cuando se producía una ausencia individual pero no se alcanzaba en la empresa el porcentaje global querido por la norma ya que muchos de los argumentos

⁴⁶ Ganaza Vargas, J. y Valle Cabrera, R. 1987, <<El absentismo como manifestación de un comportamiento individual>>, núm 13, pp.21 y ss.

⁴⁷ González Díaz, F.A, 2010, <<Despidos objetivos>>, Laborum, p.197.

explicativos de la difícil aplicación de este modalidad extintiva tienen que ver con la dificultosa relación entre ambos umbrales de absentismo.

Ha de destacarse que, si el trabajador incurría en el volumen de absentismo que establecía la norma pero no se superaban los referidos niveles en la empresa, la inasistencia del trabajador quedaba en “tiempo muerto” de manera que si no se incurría en absentismo global de la plantilla que exigía la norma, no se podía castigar el absentismo individual.

Es cierto que esta relación entre ausencias individuales y absentismo de la totalidad de la plantilla producía la consecuencia de que en niveles bajos de absentismo global se ocultaba de una manera mejor las ausencias individuales. Pero es cierto también que el despido objetivo por absentismo tiene una mayor operatividad con la eliminación de la referencia al absentismo colectivo y esto, en base a dos razones:

- porque en la dogmática sinalagmática que subyace en el contrato de trabajo no encuentra un buen acomodo una referencia al absentismo colectivo.

- porque desde un punto de vista práctico, es difícil articular una extinción por estas causas, al tener que acudir al absentismo de la totalidad de la plantilla, diferente al absentismo individual y de una complicada cuantificación.

6.1. Problemas resueltos tras la derogación de la referencia al absentismo global de la empresa

El hecho de haberse derogado la referencia al absentismo global de la empresa hace que no tengamos que responder a una serie de cuestiones que se habían extendido en la jurisprudencia y que se simplifique el empleo de esta modalidad de despido objetivo al centrar la cuestión del absentismo en un problema individual y no relacionado con el producido en la empresa. Las cuestiones a las que ya no hay que responder “afortunadamente” son las siguientes:

6.1.1. Cuantificación del índice de absentismo global de la empresa

Para esta cuestión relativa a quién y dónde debe computarse el absentismo global, la respuesta viene sacada en relación a la interpretación que se le dé a los conceptos que emplea el precepto: <<plantilla>> y <<centro de trabajo>>.

Respecto a la expresión <<plantilla>>, es posible que la norma quisiera señalar que la determinación de cuál sea el índice global de absentismo debe hacerse observando a la totalidad del personal de la empresa sin realizar distinciones por posibles diferentes vinculaciones contractuales de los trabajadores integrados en la empresa. De manera que la primera operación para calcular el porcentaje global mencionado consistirá en determinar cuántos trabajadores había en la empresa.

Es así, que la norma posiblemente quisiese señalar con la referencia a la expresión <<plantilla>> que para la concreción del absentismo global ha de estarse al volumen de trabajadores que están prestando efectivamente servicios en los períodos de referencia en los que va a ser apreciada la inasistencia individual al trabajo⁴⁸. Es por esto, por lo que las fluctuaciones en la plantilla deben ser tenidas en cuenta a efectos del cómputo, procediendo a determinar cuántos trabajadores están efectivamente prestando servicios justo en el momento en el que comience a operar el absentismo individual como causa extintiva dentro de los períodos de referencia (dos meses consecutivos o cuatro alternos dentro del año).

Respecto a la exigencia de concretar dicho absentismo global en el <<centro de trabajo>> y no en la <<empresa>> en su conjunto, ha de entenderse como un intento razonable de calcular el absentismo global en el lugar físico donde el trabajador desarrolla su labor cuyo contrato pretende extinguirse⁴⁹. Es razonable, por lo tanto, combatir el absentismo de los trabajadores con la circunscripción al lugar de realización de las prestaciones por parte del trabajador.

Ahora bien, resulta un problema determinar cómo ha de medirse el absentismo global cuando el trabajador efectúa su prestación laboral en varios centros de trabajo. En este caso, su nivel individual de absentismo puede determinarse fácilmente, pero no así el colectivo referencial. Al no haberse obtenido una respuesta clara respecto a esta última

⁴⁸ González Ortega, S, <<Absentismo...>>, cit., p.213.

⁴⁹ Sagardoy, Benegoechea, J.A, <<Ineptitud...>>, cit., p.151.

cuestión, lo razonable, sería deducir que procederá calcular el índice global de absentismo de la forma que más favorezca los intereses del trabajador afectado, de manera que lo más seguro ahora, es que se incluya el absentismo de todos los trabajadores de todos los centros de trabajo en los que ha desarrollado su prestación laboral.

6.1.2. Sobre las ausencias individuales en el cómputo global

En este apartado, hay que responder a la cuestión de si las ausencias individuales integran el cómputo global. Parece lógico entender que sí en tanto que si respondiésemos negativamente a la cuestión podríamos llegar a negar la aplicación de la causa extintiva en empresas que cuentan con un solo trabajador⁵⁰, además de provocar la paradoja de que, en caso contrario, las ausencias de un determinado trabajador perjudicarían a los demás pero no a él mismo⁵¹. El tema a discutir en este apartado, sería el de determinar qué ocurre en aquellos casos en los que la sola ausencia del trabajador integra por sí misma el porcentaje de ausencia global que quiere la norma o, dicho de otra manera, que con las ausencias del trabajador que va a ser objeto de despido, se integre tanto el índice individual como el colectivo.

Respecto a esta cuestión, no parece incompatible que una misma circunstancia como es la ausencia individual, sea tenida en consideración para la medición de dos parámetros distintos, de manera que lo más adecuado a los designios de la norma es entender que la determinación de la ausencia global se integra por todas las ausencias computables, aunque sean las del trabajador en cuestión exclusivamente. Este criterio, podría favorecer que la extinción objetiva funcione con una mayor rigurosidad en las empresas cuya plantilla se integra por pocos trabajadores respecto de aquellas que cuentan con un número más elevado, aunque ha de reconocerse que es en éstas últimas donde las ausencias al trabajo (aun justificadas) provocan un mayor desarreglo empresarial y donde resulta más complicado imponer medidas jurídicas de luchas frente al absentismo.

⁵⁰ Núñez- Samper Macho- Quevedo, A. <<Extinción del contrato...>>, cit., p.158.

⁵¹ Durán López, F. <<La excesiva morbilidad...>>, cit., p.231.

6.1.3. Sobre la exclusión del cómputo total de las inasistencias que no computan individualmente

A esta cuestión puede responderse negativamente ya que tratamos de cómputos distintos y los que están expresamente previstos por la norma se refieren al cómputo individual solamente. Desde este punto de vista, para saber el volumen de absentismo global de la empresa, han de computarse todos los supuestos de ausencia sin excepcionar ningún motivo que, en el plano individual, impediría la aplicación del motivo extintivo⁵².

Otros autores⁵³, entienden que ante el silencio de la ley en este punto, el índice de absentismo del total de la plantilla del centro, deberá obtenerse de la misma manera que el individual del trabajador afectado, es decir, computando las mismas faltas de asistencia al trabajo tenidas en cuenta en el cómputo de la tasa de absentismo individual.

El origen de esta discusión tanto doctrinal como jurisprudencial, ha podido deberse a la modificación que experimentó el precepto desde el Proyecto de Ley del ET, el cual hacía una referencia al <<índice de inasistencia total de la plantilla del centro de trabajo>> hasta el tenor que finalmente se publicó: <<absentismo total de la plantilla del centro de trabajo>>. Esta interpretación entiende que los términos <<inasistencia>> y <<absentismo>> son conceptos distintos en tanto en cuanto <<inasistencia>> parece incluir todos los supuestos de no acudir al trabajo, mientras que <<absentismo>> parece referirse a un concepto exclusivamente individual.

Pues bien, la primera línea jurisprudencial, interpretó que estos dos términos con que se expresa la norma son conceptos sinónimos. Decían que se deducía que las mismas ausencias que se tienen en cuenta en la norma para calcular el porcentaje de faltas de asistencia del trabajador, son las que han de computarse para medir el índice de absentismo.

La posterior jurisprudencia va en el sentido contrario y entiende que estos dos conceptos empleados por la norma son términos distintos, atribuyendo al término <<absentismo>> el significado de falta de asistencia al trabajo por cualquier causa, sin que sean aplicables al cómputo del absentismo global de la empresa, las ausencias excluidas por el precepto para calcular el porcentaje de faltas de asistencia individual al trabajo⁵⁴. Es posible que sea ésta la

⁵² Sellas I Benvingut, R. <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas>>, cit., p.699.

⁵³ Sala Franco, T. <<El régimen jurídico...>>, cit., p.21.

⁵⁴ Cabe señalar que este era, prácticamente en los mismos términos que se han empleado, el argumento central del recurso que resuelve la sentencia STCT de 23 de noviembre de 1982.

solución más lógica en la medida en que se acomoda mejor a la teoría que está en la base del despido objetivo. Desde este punto de vista, se estaría empleando un concepto amplio de absentismo integrado por todo tipo de faltas de asistencia al trabajo como dato objetivo y sin hacer una distinción con respecto a las circunstancias que provocan la ausencia al trabajo.

Sin embargo, la actual jurisprudencia unificada del TS mantiene un criterio totalmente contrario, es decir, se vuelve al criterio anterior (véanse al respecto, por ejemplo, las SSTSJ del País Vasco, de 17 de julio de 2007, AS 2008, 327; de la Comunidad Valenciana, de 11 de septiembre de 2007, AS 2008, 344, etc). Se excluyen las referidas ausencias también a los efectos de fijar el índice global de absentismo computable. Esta, era la interpretación que se efectuaba cuando las ausencias eran debidas al ejercicio del DDFE de huelga, ya que para el cómputo del absentismo total de la empresa no se tenían en cuenta estas ausencias. Esto genera un problema importante ya que, de mantenerse inalterada la interpretación anterior que no excluye del cómputo ninguna ausencia, seguramente, cualquier huelga determinará la superación del porcentaje de absentismo colectivo previsto en la norma. De manera que ha sido necesario debatir el carácter diferenciado de este tipo de ausencias de las demás producidas en la empresa por otra circunstancia.

El TCT no entraba en una primera instancia respecto a que el convenio colectivo previese expresamente que la huelga integrase o no el cálculo del absentismo a efectos de contabilización del complemento económico. El TS, en cambio, sí diferencia si el convenio colectivo especifica o no dicha circunstancia. Dispone que si el artículo 52 d) del ET dice que no se computarán como faltas de trabajo, a efectos de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas las faltas de asistencia debidas a huelga legal, tampoco aquéllas pueden repercutir a los efectos del premio debatido. Además, dice que esto no es óbice para que en otros supuestos en los que al regular incentivos similares se haya previsto que puedan dar lugar a la pérdida del premio debatido de manera que se pueda llegar a otras conclusiones distintas.

Esto nos lleva a considerar que el ordenamiento da un tratamiento diferente a las ausencias al trabajo justificadas en el ejercicio de un DDFE como es la huelga, de otro tipo de ausencias que no se justifican con el carácter fundamental del derecho deducido. Es por ello, por lo que es lógico entender que las ausencias debidas al ejercicio legal de este DDFE han de excluirse del cómputo general del absentismo global en la empresa a efectos de determinar el porcentaje exigido para hacer efectiva la extinción objetiva individual.

Ahora bien, esta manera de interpretar el precepto podría llevarnos a aplicar la misma conclusión en otros supuestos de ausencia justificada en el ejercicio de un DDDFF. Parece lógico afirmar entonces que si la ausencia justificada se ampara en el ejercicio de un DDDFF, el porcentaje total de absentismo de la plantilla del centro de trabajo debe minorarse en la proporción de las ausencias debidas a esta circunstancia. Además, conceder la posibilidad de que el absentismo global de la empresa pueda determinarse incluyendo las ausencias de los trabajadores debidas a cierre patronal, es desproporcionado a todos los efectos.

En definitiva y, por terminar esta cuestión centrándonos a dónde queremos llegar, se puede decir que la no inclusión de los días dejados de trabajar por ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo global de la plantilla razona de manera similar a como lo hace posteriormente el TS para entender que todas las causas de exclusión individual de las ausencias al trabajo tienen que predicarse del absentismo de la plantilla.

6.1.4. Cómputo y prueba del absentismo en la empresa

Son varias las sentencias (entre ellas, la STS de 12 de febrero de 1990 por ejemplo) que afirman que el documento interno de la empresa en el que se fija el nivel global de absentismo de la plantilla constituye un mero apunte interno de la empresa que carece de fuerza persuasiva para demostrar de manera inequívoca datos tan trascendentes como son el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo, de ahí que lo referente a las horas perdidas y que se reflejan en dicho documento no permita determinar el mencionado índice. Esta afirmación se hace para desestimar el recurso empresarial que pretendía modificar el relato de hechos probados de instancia (con el fin de modificar el volumen total de trabajadores), en el que se declaraba probado la existencia de otro volumen de trabajadores en la empresa.

Esto no quiere decir que dicho documento interno carezca de valor probatorio. La validez o no del mismo dependerá de la realización en la instancia de la prueba que pretenda determinar el nivel efectivo global de absentismo en la empresa.

Por último, mencionar que es complicado encontrar mecanismos a la hora de computar el absentismo de la plantilla que no sean meramente instrumentos privados, sometidos por tanto a la ordenación práctica del poder del empresario. Es lógico entender como instrumento adecuado para medir el absentismo en la empresa el aprobado por el convenio colectivo, o mecanismo sustitutivo de la negociación colectiva, previsto expresamente para

esta cuestión o incluso el articulado para calcular este índice a efectos de pluses económicos o cuestiones conexas.

6.1.5. Fijación del índice de absentismo general de la empresa

Esta cuestión hace referencia a si es necesario que para la fijación del índice de absentismo general de la empresa intervengan los representantes de los trabajadores. Hay autores que entienden que no es preciso que intervenga el Comité de Empresa ya que su intervención está prevista como un derecho de información en términos generales y, además, este derecho no exige que tal comunicación se realice expresando de una forma concreta dicho nivel en términos porcentuales, siempre que la referida información pueda deducirse de manera sencilla de los estadillos de ausencias que el Comité recibe de forma periódica⁵⁵.

El artículo 64.18 del ET dice que el Comité de Empresa y, por extensión, los delegados de personal deberán *<<conocer, trimestralmente, al menos, las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas...>>*. De aquí, parece que el derecho de los representantes unitarios se agota con la mera comunicación empresarial de tal circunstancia sin que sea exigible participación alguna de los mismos en la determinación del referido porcentaje en la medida en que la carga de la prueba de la superación del porcentaje global requerido por la norma le corresponde con exclusividad al empresario en el acto del juicio.

Por último, el incumplimiento de esta obligación de información lleva aparejada una sanción prevista en el artículo 7.7 del TRLISOS.

6.2. Existencia o no de relación entre el absentismo individual y el colectivo

En este sentido, debemos decir que la respuesta a si existe una relación entre el absentismo individual y el colectivo es clara: no. La supresión de la referencia a esta cuestión en el precepto, elude tener que concretar este índice en el despido objetivo por absentismo de manera que ya no es necesario medirlo ni tenerlo en consideración en relación con las faltas de asistencia individuales para poder articular la extinción objetiva⁵⁶.

Lo que se criticó de la reforma de 2010 era que aunque se rebajó el índice de absentismo de la plantilla del 5% al 2,5%, la mecánica de la modalidad exigía contabilizar la totalidad del absentismo en la empresa para realizar el despido objetivo por esta causa, por lo que dicha

⁵⁵ Rivero Lamas, J. *<<La extinción...>>*, cit., p.5511.

⁵⁶ Fernández Fernández, R, 2012, *<<La extinción del contrato de trabajo>>*, Eolas, p.104.

reforma no ayudó a resolver el problema que había, ya que continuó manteniendo la exigencia de enmarcar el absentismo individual en el colectivo de manera que seguía siendo necesario contabilizar el absentismo global para proceder a un despido individual.

El principal obstáculo con el que se encontraba la sanción del absentismo individual era, sobre todo, en las pequeñas y medianas empresas, en las que el cómputo del absentismo de la totalidad de la plantilla se convierte en una quimera ya que en este tipo de estructuras empresariales es más rentable soportar un determinado nivel de absentismo que introducir mecanismos de control del absentismo de la totalidad de la plantilla y este era el problema⁵⁷, que sin un cómputo preciso del nivel de absentismo colectivo de todos los trabajadores de la empresa, no se podía acudir al despido objetivo individual.

Cierto es que en la tramitación de la Ley 35/2010 ya se discutió acerca de la oportunidad de eliminar totalmente el porcentaje de absentismo global como marco referencial para deducir el individual, que es el que se pretende reducir. Se pretendía para ello dar una mayor operatividad a la causa extintiva protegiendo así las pequeñas y medianas empresas. Pero finalmente la opción fue rebajar el índice global del cómputo de las inasistencias al trabajo.

La doctrina ya había hablado sobre la necesidad de suprimir de forma total la referencia al absentismo global de la empresa, con el objetivo de configurar la falta de asistencia al trabajo como una cuestión individual estrictamente, es decir, relacionada con el trabajador y sin poder enmarcarla en la colectividad de la plantilla y esto ha sido la aportación que ha hecho la reforma del año 2012: suprimir la referencia al absentismo global de la empresa. Con ello se ha conseguido:

- considerar de manera legal que el absentismo es una cuestión individual estrictamente de cada trabajador de manera que su inasistencia es lo que determina su despido objetivo.

⁵⁷ <<El nivel más alto de absentismo se da en empresas de entre 101 y 500 trabajadores. En el tramo de empresas de más de 500 trabajadores, el índice baja en contra de la tendencia esperada, probablemente debido al mayor y mejor control administrativo que estas empresas llevan a cabo sobre este concepto>>. Mercader Uguina, J.R, RL, núm 9/2004, <<El control de la incapacidad temporal>>.

- permitir emplear la modalidad extintiva sin necesidad de contabilizar el volumen global de absentismo de la totalidad de la plantilla, lo cual favorece articular el despido objetivo incluso cuando dicho volumen global de absentismo sea escaso.

- eludir tener que responder a todas las cuestiones anteriormente enunciadas que son las que más polémica doctrinal y jurisprudencial han generado.

Aún así, el índice global de absentismo en la empresa quizás pudiera ser alegado como medio de mesurar la respuesta jurídica cuando se argumente por parte del trabajador afectado que el despido objetivo por esta causa ha sido realizado de manera discriminatoria. De esta manera, el trabajador pretenderá considerar a este despido como nulo e intentar probar que en la empresa existe un volumen de absentismo global superior al suyo individual y, por tanto, que el despido sufrido es discriminatorio en relación con otros trabajadores de la misma empresa que han faltado más a trabajar.

Por último, ha de tenerse presente que no se ha derogado el artículo 64.2 d) del ET que exige que los representantes de los trabajadores conozcan trimestralmente los índices de absentismo en la empresa, por lo que la obligación del empresario de suministrar dicha información sigue vigente, aunque con distinta operatividad ahora, de manera que antes era para controlar el índice global a efectos del despido individual y, ahora, es seguramente para tener un parámetro de control en la aplicación de los pluses de anti-absentismo, puntualidad o asistencia efectiva al trabajo sin descartarse que este parámetro global se tenga en cuenta para articular la línea defensiva comentada por parte del trabajador.

En resumen, más allá de esta argumentación probatoria, el índice global de absentismo en la plantilla queda inutilizado como método para limitar la operatividad del despido objetivo individual por inasistencia al trabajo como causa justificada.

7. RESPONSABILIDAD DEL FOGASA Y EL NUEVO PAPEL DE LAS MUTUAS EN EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

7.1. Responsabilidad del FOGASA

Es necesario comentar que, aunque no directamente relacionado con el absentismo, conviene indicar que el artículo 33.8 del ET modificado por la Ley 3/2012, puede influir en la utilización de esta modalidad extintiva al modificar la asunción de responsabilidades económicas por el FOGASA, ya que se amplían los supuestos en los que se va a hacer cargo de parte de la indemnización por despido objetivo procedente, siempre que concurren unas condiciones determinadas.

Antes, únicamente se abonaba por parte de este organismo autónomo las indemnizaciones en empresas de menos de veinticinco trabajadores, cualquiera que fuera la vinculación temporal del contrato de trabajo, alcanzado el 40% de la indemnización legal que correspondiera al trabajador, pero únicamente en supuestos de extinción colectiva, por concurso u objetiva por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción, quedando excluido el abono de la indemnización en supuestos de extinción por las demás causas del artículo 52 del ET. Ahora, se suprime la referencia expresa al artículo 52.1 c) del ET (causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción), para mencionar genéricamente el artículo 52 del ET sin concretar letra alguna de éste, por lo que nada impide interpretar que pueda acudir al FOGASA también en supuestos de despido objetivo por absentismo siempre que se catalogue de procedente.

De manera que, en definitiva, la responsabilidad económica del FOGASA se concreta para despidos: colectivos, en concurso, y los producidos por cualquiera de las causas del artículo 52 del ET. Pero es requisito de la operatividad de dicha intervención por parte del fondo que el contrato que se extinga sea de carácter indefinido y siempre en una empresa que cuente con menos de veinticinco trabajadores. La indemnización queda limitada a un cantidad a tanto alzado equivalente a ocho días de salario por año de servicio y sólo en los supuestos de extinciones que han sido consideradas procedentes.

7.2. El nuevo papel de las Mutuas en el control de la incapacidad temporal

Aunque no es una medida específicamente destinada a atajar el absentismo, ni relacionada con la modalidad extintiva aquí tratada, sí puede tener una cierta influencia en esta problemática.

El papel tradicional que han tenido las Mutuas en estas materias es que sólo tendrán posibilidades de intervención en relación con supuestos de excesiva morbilidad, que es una de las causas más importantes de absentismo tanto en volumen como en litigiosidad. Además, no parece dudoso que la ampliación de las posibilidades de intervención sobre las situaciones de enfermedad o accidente común pueda influir en el control del absentismo.

Las diferentes reformas legales sucesivas han intensificado los controles sobre las situaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes, sobre las que siempre pesa una sospecha de fraude⁵⁸. Actualmente, lo más peculiar que existe en este tema es en relación con el control del absentismo derivado de contingencias comunes, que son las inasistencias tenidas en consideración para la intervención de la Mutua, es la posibilidad de expedir los partes de baja y confirmación de baja según la duración que estime el médico que los emite, concretando así cuatro grupos generales de estimación inicial de la duración total de la enfermedad: inferior a cinco días naturales, de duración estimada de entre cinco y treinta días, de entre treinta y uno días y sesenta y de duración estimada de sesenta y uno días o más. Ello determinada entonces, que los períodos de ausencia computable en este caso deberán ser únicamente aquellas jornadas realmente dejadas de trabajar y no todas las que figuran en el parte de alta expedido en el mismo acto médico que el parte de baja.

⁵⁸ Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R. 2012 <<Claves de la Reforma Laboral de 2012>>, Thomson Reuters, p.256.

8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR FALTAS JUSTIFICADAS DE ASISTENCIA

He recogido aquí una problemática que hubo cuando entró en vigor el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero y que era la relativa a qué regulación se aplicaba a las faltas de asistencia al trabajo que habían ocurrido antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 de 10 de febrero y que habían supuesto el despido del trabajador una vez entrada en vigor la mencionada ley.

Son muchas las sentencias que recogen esta problemática, siendo algunas de ellas, por citar, la sentencia de 15 de enero de 2014 (RJ/2014/607), la sentencia de 3 de diciembre de 2013 (RJ/2014/47) o la sentencia de 16 de octubre de 2013 (RJ/2013/7485).

8.1. Análisis de la Sentencia de 16 de octubre de 2013(RJ/2013/7485)

La actora (D^a. Asunción) había venido prestando servicios para la demandada (KONECTA BTO, S.L) desde el 13-12-2010, teniendo reducida la jornada por cuidado de hijo. La actora había permanecido en situación de IT derivada de enfermedad común durante los siguientes períodos: del 23-11-11 hasta el 25-11-11; del 1-12-11 hasta el 2/12/11 y del 2/1/12 hasta el 10/1/12. Tenía asignados 40 días de trabajo entre el 23-11-11 y el 23-1-12. El 1-3-12 la empresa le comunicó a la actora que procedía a extinguir su contrato por causas objetivas, al amparo del artículo 52d) del ET en redacción dada por el RD Ley 3/12 de 10 de febrero, ya que había tenido faltas al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcanzaban el 26'83% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, habiendo puesto a su disposición la cantidad de 9.559'98 euros, en concepto de indemnización y 10.148'87 euros, en concepto de falta de preaviso.

Recurrida en suplicación por la actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 6 de noviembre de 2012, estimando el recurso formulado, declarando la nulidad del despido, condenando a la demandada a la inmediata readmisión de la actora y al abono de los salarios dejados de percibir desde su cese hasta la fecha de notificación de la sentencia. La sentencia razonaba que el requisito suprimido por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, para justificar el despido objetivo por la causa prevista en el artículo 52 d) del ET (absentismo del 2'5 % de la plantilla en el mismo periodo en el que se produce el absentismo del trabajador) no resultaba exigible en el supuesto en el que la extinción de la relación laboral por falta de asistencias al trabajo se

acordaba bajo la vigencia de la nueva norma pero con fundamento exclusivo en ausencias acaecidas en una horquilla temporal comprendida en un período anterior a la promulgación de la norma.

Contra la citada sentencia se interpuso por la demandada Konecta Bto. SL recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste con un parecer distinto a la solución dada por la Sala de lo Social del TSJ de la CCAA del País Vasco, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 30 de diciembre de 2011.

Respecto a esta sentencia de contraste aportada por la sociedad, se terminó diciendo que era irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida la norma aplicable fuese la modificación introducida por el RD Ley 3/2012 de 10 de febrero (que suprimió el requisito de que tenía que existir un absentismo de un 2'5% en la plantilla de la empresa en el periodo de referencia) y en la de contraste la modificación introducida por la DA 20 de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre (que reduce el índice de absentismo de la plantilla de un 5% al 2'5%), pues lo relevante era si se aplicaba la nueva regulación a ausencias producidas antes de la entrada en vigor de la misma.

El recurrente alegó además que la sentencia objeto de impugnación infringía el artículo 52 d) del ET en la redacción dada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero y los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 de la CE por aplicación indebida y contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional, tal y como recogía la sentencia de contraste.

Alegó en esencia que procedía la válida extinción de los contratos de aquellos trabajadores que superaban los porcentajes de absentismo individual, dentro de los períodos establecidos por la norma reguladora vigente en el momento de la extinción. Continúo razonando que, aunque las faltas de asistencia eran previas a la entrada en vigor de la norma, podían ser valoradas conforme a la normativa vigente en el momento del despido.

Los datos de los que había de partir para una recta comprensión del asunto eran los siguientes:

1 La actora había permanecido en situación de IT, derivada de enfermedad común, durante los siguientes períodos: Del 23-11-11 hasta el 25-11-11; del 1-12-11 hasta el 2-12-11 y del 2-1-12 al 10-1-12.

2 Durante dicho período, la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, introducida por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, disponía que "el contrato podrá extinguirse... por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25% en cuatro meses discontinuos, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2'5% en los mismos periodos de tiempo.

3 El Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero (BOE 11-2-2012), que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE mantuvo la redacción del precepto, pero suprimiendo el último inciso, el que exigía que el índice total de absentismo del centro de trabajo superara el 2'5% en el periodo de ausencias del trabajador.

4 El 1-3-2012 la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por causas objetivas, al amparo de lo establecido en el artículo 52 del Et, en redacción dada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, por faltas al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcanzaban el 26'83% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

La cuestión planteada consistía en determinar si era aplicable esta última redacción del precepto a las ausencias de la actora, anteriores a la entrada en vigor de la nueva redacción de la norma, lo que justificaría la extinción del contrato por causas objetivas, o había de aplicarse la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no procedería el despido objetivo ya que no se había acreditado que el absentismo de la plantilla en igual período alcanzara el 2'5%.

La Sala entendió que ésta última solución era la adecuada a derecho por lo que no habría justa causa para proceder a la extinción del contrato de la actora.

Las razones eran las siguientes:

1º.- El RD Ley 3/2012, de 10 de febrero contiene una disposición final decimosexta en la que se limita a consignar que entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que se efectuó el 11 de febrero de 2013 y, si bien contiene doce disposiciones transitorias, no contenía disposición alguna que estableciera un régimen transitorio aplicable a la extinción de contratos de trabajo realizados al amparo del artículo 52 d) del ET. En consecuencia, la entrada en vigor de la nueva redacción del precepto para las extinciones por dicha causa se produjo a partir del 12 de febrero de 2012, ya que en el RD Ley no estaba previsto efecto retroactivo para el artículo 52 d) ET.

2º.- El artículo 9.3 de la Constitución proclama con total rotundidad que la CE garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y, aplicar la nueva redacción del artículo 52 d) ET a situaciones acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, suponía no respetar la irretroactividad de las normas que, en este supuesto, son restrictivas del derecho de la actora, pues eliminan un requisito -el absentismo del 2'5% de la plantilla- para que el contrato pueda extinguirse a instancia del empresario por justa causa .

3º.- El artículo 2.3 del Código Civil disponía que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario y, tal como quedó consignado en el ordinal primero, el RD-Ley, salvo para las concretas materias expresamente relacionadas en el mismo, no disponía que sus normas tuviesen carácter retroactivo, por lo que había de predicarse la irretroactividad de la regulación que contenía el RD- Ley 3/2012, de 10 de febrero.

Por lo anteriormente razonado no procedía la aplicación al supuesto examinado de la redacción dada al artículo 52 d) ET por el RD Ley de 3/2012, de 10 de febrero, lo que acarrea la desestimación del recurso formulado por la sociedad KONECTA BTO, S.L frente a Asunción.

III. CONCLUSIONES

-PRIMERA. El diseño original del tratamiento extintivo del absentismo por causas objetivas nunca ha estado bien articulado en el original Estatuto de los Trabajadores, especialmente porque vinculaba la operatividad del motivo (individual) a la existencia de un absentismo global en la empresa, aspecto que dificulta de manera enorme en la práctica su utilización. Aunque bien es cierto que ese parámetro global servía de termómetro de la existencia de una real onerosidad excesiva que la empresa experimentaba por la existencia de elevadas cotas de absentismo, circunstancia que consentía, a su vez, la desvinculación de los trabajadores más absentistas mediante esta modalidad de despido. Y este papel ha cumplido su función sobradamente, al punto de que la jurisprudencia ha sido mucho más abundante y enjuiciosa sobre la concurrencia de este parámetro, que sobre la fórmula del cómputo individual del absentismo de manera que ya no se trataba de castigar el absentismo individual, sino comprobar cuál era el volumen de absentismo de la plantilla de la empresa.

Esta marcha hacia la cuestión colectiva del absentismo, sin embargo, enclaustraba el motivo extintivo en un ámbito de operatividad práctica muy estrecho ya que, generalmente, sólo en empresas grandes que contabilizaban el absentismo global de todos los trabajadores de manera muy eficiente se podía emplear esta modalidad extintiva, siendo cierto que para estas empresas, en primer lugar, el absentismo suele ser menos perjudicial que para otras de menor estructura y tamaño y además, en segundo lugar, que en este tipo de estructuras empresariales se suele contar con otros instrumentos normalmente convencionales con el fin de estimular bajas cotas de absentismo entre sus trabajadores, mayoritariamente bajo la vía de pluses de asistencia o puntualidad.

- SEGUNDA. La reforma de los preceptos que diseñan este modelo se hacía necesaria si se quería contar con un instrumento útil y operativo que castigase el absentismo de forma ecuánime, dejando fuera del cómputo determinadas ausencias motivadas por enfermedad común difícilmente computables y vinculando la operatividad de la causa extintiva al propio comportamiento antecedente del trabajador absentista, que son los dos elementos a tener en consideración. La supresión de la referencia al absentismo colectivo sin la introducción de ningún otro parámetro que compensase, hubiese situado el empleo de este expediente más en el terreno de las causas de despido disciplinario que en el de las extinciones objetivas.

- **TERCERA.** La reforma de 2010 que soportó la causa extintiva fue escasa, meramente cosmética e insuficiente según han dicho ciertos autores, citando entre otros a Ángel Arias Domínguez. Escasa porque se limitó a alterar únicamente un aspecto muy concreto de la misma: el porcentaje de absentismo de la totalidad de los trabajadores de la empresa cuando era necesario atender también a otras cuestiones. Cosmética porque la reforma únicamente de este aspecto escondía la falacia de suponer que con la reducción del porcentaje de absentismo global en la empresa del 5% al 2.5 % se conseguirían menores cuotas de absentismo, cuando la realidad demuestra que para las pequeñas y medianas empresas, que son las que el funcionamiento de un motivo extintivo por absentismo se hace más necesario, esta reducción no comportaban ninguna ventaja operativa.

- **CUARTA.** En la práctica diaria, generalmente, se prefiere consentir un determinado volumen de absentismo que implementar medidas de control efectivo, pues suele ser muy oneroso destinar los recursos humanos y económicos necesarios para calcular el índice global de absentismo. Para estas pequeñas empresas, el recurso a este expediente extintivo objetivo se seguía encontrando prácticamente vedado, siendo indiferente la rebaja en el índice global de absentismo, que nada aportaba al efecto.

Además, para las grandes empresas, es decir, para aquellas que sí cuentan con mecanismos de contabilización del absentismo global de todos los trabajadores, la reforma favorecía la utilización de esta medida extintiva, sin contraposición alguna de intereses que balanceara la decisión empresarial, de manera, que en estas empresas, además de contar con pluses o complementos de puntualidad o de asistencia que minimizan el fenómeno del absentismo en su conjunto y su impacto económico, se podría acudir con mayor facilidad al expediente extintivo después de la reforma de 2010 ya que la bajada del porcentaje de despido colectivo favorecía la utilización de esta modalidad de despido, precisamente en estas empresas en donde menos onerosamente se manifiesta el problema.

- **QUINTA.** Lo más lógico, hubiera sido suprimir totalmente la exigencia de vincular el absentismo individual con el colectivo, eliminado así esa exigencia normativa de manera que, con ello, el absentismo se hubiera configurado como una cuestión estrictamente individual de cada trabajador. Y esta ha sido precisamente la modificación más importante que ha operado la Ley 3/2012: la eliminación del índice referencial del absentismo colectivo para articular la causa de extinción objetiva individual. Es cierto que su supresión elimina el único freno que el legislador había implementado para moderar la utilización de esta causa, permitiendo su empleo solamente cuando exista una acreditada excesiva onerosidad

sobrevenida. Pero la eliminación del referido porcentaje de absentismo colectivo sin la implantación de otros mecanismos compensadores parecía del todo excesivo y el precepto del ET que regulaba esta causa tras el RDL 3/2012 no contaba con este freno, construyendo así una causa extintiva de gran dureza práctica. La combinación de la eliminación del índice colectivo sin implantación de otro mecanismo corrector acercaba la causa objetiva a una circunstancia disciplinaria, desnaturalizando la institución del despido objetivo por absentismo.

Por ello, la Ley 3/2012 introduce un parámetro de valoración de la conducta antecedente del trabajador con respecto al absentismo que puede, de un lado, tener una interesante utilidad práctica para sancionar comportamientos empresariales abiertamente abusivos en la medida en que puede presumirse que no fundamentan su decisión empresarial extintiva en una excesiva onerosidad real y puede servir, de otro lado, de instrumento de recuperación del papel de control interno en el funcionamiento de la causa que jugaba el índice colectivo. La concreción de las circunstancias de padecimiento de cáncer u otra enfermedad grave como no computables es una concreción singular de este propósito que dulcifica el funcionamiento técnico de la medida ante situaciones especialmente duras para el trabajador.

La progresión que experimenta el motivo, desde el RDL 3/2012, el cual carecía de la mención jurídica que concretaba esta regla, a la Ley 3/2012, la cual sí lo contenía, es bastante oportuno, quedando redactado el precepto de manera más equilibrada. Se elimina el porcentaje colectivo que impedía en la práctica el empleo de la medida extintiva, pero como contrapeso se introducen dos parámetros de medida en la contabilización de las ausencias computables individualmente: la proporción del absentismo del trabajador en el año antecedente y la introducción de nuevas circunstancias de inasistencia no computables.

SEXTA. Con todo, el proceso reformista 2010 – 2012 deja numerosos problemas técnicos sin resolver a los que, quizás, hubiese sido oportuno atender, dando la adecuada respuesta legislativa. Así, pueden citarse los siguientes:

- Tal y como está redactado, el precepto no aclara si las ausencias injustificadas pueden incluirse dentro del cómputo del absentismo individual, porque no es razonable seguir catalogando las ausencias en dos grandes categorías: justificadas, que darían lugar al despido objetivo por absentismo e injustificadas, que dan lugar al disciplinario cuando estemos tratando esencialmente con una misma realidad: inasistencias al trabajo.

- Tampoco aclara si el absentismo debe ser del centro del trabajo, o del puesto de trabajo, pues aunque en la mayoría de ocasiones la diferente respuesta no difiere una consecuencia jurídica distinta, en otros casos, sí puede ser necesario conocer cuál es el ámbito funcional al que se refiere la norma concretamente.
- No arroja luz tampoco sobre la problemática de si las faltas de puntualidad repetidas pueden ser ubicadas como faltas de asistencia. No es lógico que un trabajador pueda ser despedido disciplinariamente de forma procedente por falta de puntualidad y esta ausencia de tiempo de trabajo no pueda ser incluida para articular un despido objetivo, más beneficioso para el trabajador, al concretarse una indemnización de la que carece el disciplinario.
- Misma problemática puede enunciarse con respecto a una ausencia completa de la mitad de una jornada hábil, ¿se computa como la mitad de absentismo la ausencia total a la media jornada, de tarde, por ejemplo?.
- Tampoco precisa si puede ser acumulable al cómputo individual una falta ya sancionada, o una ya prescrita, ni aclara cómo ha de entenderse la expresión jornadas <<hábiles>>, especialmente problemática en los contratos a tiempo parcial y en aquellos fijos discontinuos.
- Y, por último, tampoco se concreta qué quiere decir la norma cuando se refiere a meses, si de calendario, o de períodos de treinta días.

A pesar de todo ello, probablemente la reforma operada favorecerá un florecimiento de la utilización de esta modalidad extintiva, especialmente en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, pues el FOGASA sufraga parte de la indemnización por despido improcedente en determinadas condiciones.

La clásica pretensión de eliminar el índice de absentismo colectivo, que se ideaba como medio de contrapesar el poder de dirección del empresario y garantizar que realmente se experimentaba en la empresa una excesiva onerosidad sobrevenida, se ha derivado en la necesidad de atender el comportamiento antecedente del trabajador absentista, con la exclusión novedosa del cómputo de determinadas inasistencias relacionadas con dolencias médicas especialmente graves, con lo que queda un panorama legal quizás más claro para el correcto empleo de esta modalidad de despido.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Alfonso Mellado, C.L ; Blasco Pellicer, A. ; Camps Ruiz, L.M , y Goerlich Peset, J.Mª, 2010 <<La reforma laboral en la Ley 35/2010>>, Tirant lo Blanch.
- Alonso Olea, M, 1957, <<El despido>>, Instituto de Estudios Políticos.
- Álvarez Alcolea, M. 1980, <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia>>, núm. 3.
- Alzaga Ruiz, I, 2004, <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas>>, Aranzadi.
- Arias Domínguez, A. 2008, <<Protección laboral y de Seguridad Social de la Violencia de Género>>, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura.
- Blasco Pellicer, A. <<La reforma de la extinción del contrato de trabajo>>.
- Briones González, C., 1995 <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas>>, núm. 13.
- Durán López, F., 1981, <<La excesiva morbilidad como causa de despido>> núm.6, abril-junio.
- Fernández Fernández, R, 2012, <<La extinción del contrato de trabajo>>, Eolas.
- Ganaza Vargas, J. y Valle Cabrera, R. 1987, <<El absentismo como manifestación de un comportamiento individual>>, núm 13.
- García Fernández, M, 1980, <<El rendimiento debido a la relación de trabajo>>, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm 3, oct-nov.
- González Días, F.A, 2010, <<Despidos objetivos>>, Laborum.
- González Ortega, S., 1983 <<Absentismo y despido del trabajador>>, Aranzadi.
- Gorelli Hernández, J , 1999, <<Incapacidad temporal y maternidad>>, Tecnos.

-Martín Valverde, J. y García Murica, J. 2012, << El despido. Cuestiones prácticas que plantea la Reforma Laboral de 2012>>, Thomson Reuters.

-Martínez Abascal, V.A y Herrero Martín, J.B, 2012, <<Curso de Derecho del Trabajo>>, Tecnos.

-Martínez Fons, D. <<El poder de control del empresario en la relación laboral>>.

-Montoya Melgar, A. <<Derecho del trabajo>>.

-Núñez- Samper Macho- Quevedo, A., 1980, <<Extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas, económicas y objetivas>>.

-Ramírez Martínez, J.M. <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas>>.

-Rivero Lamas, J., 1992, <<La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: criterios jurisprudenciales>>, Revista General del Derecho, núm. 573.

-Sagardoy Bengoechea, J.A, 1971 <<Ineptitud, despido y desempleo>>, Revista de Política Social, núm. 89, enero- marzo.

-Sempere Navaroo, A. V. y Martín Jiménez, R. 2012 <<Claves de la Reforma Laboral de 2012>>, Thomson Reuters.

-Sempere Navarro, A, 2004, <<El despido: aspectos sustantivos y procesales>>, Aranzadi.

-Torollo González, F.J, 2012, <<Despidos individuales, disciplinarios y por causas objetivas>>, Civitas.

SENTENCIAS

-SSTSJ de Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 2007. (AS/2008/344)

-SSTSJ de País Vasco de 17 de julio de 2007. (AS/2008/327)

-STCT de 15 de enero de 1983.

-STCT de 21 de marzo de 1983.

-STCT de 23 de noviembre de 1982.

-STS de 15 de enero de 2014. (RJ/2014/607)

-STS de 16 de octubre de 2013. (RJ/2013/7485)

- STS de 16 de octubre de 2013. (RJ/2013/7485)
- STS de 27 de noviembre de 2008. (RJ/2009/386)
- STS de 3 de diciembre de 2013. (RJ/2014/47)
- STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 1995.

PÁGINAS DE INTERNET

*<http://www.ine.es/>

*http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/impacto_reforma_laboral/Report_evaluating_the_impact_of_the_Labour_Reform.pdf

*http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/impacto_reforma_laboral/Informe_de_evalacion_del_impacto_de_la_reforma_laboral.pdf
http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/impacto_reforma_laboral/Informe_de_evalacion_del_impacto_de_la_reforma_laboral.pdf