

GARRIGUES

*Medidas reactivas a adoptar
frente al absentismo laboral*

Eva Díez-Ordás

Madrid 17 de octubre de 2013



- Introducción
- Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por absentismo laboral
- Despido disciplinario en casos de fraude durante la incapacidad temporal
- Despido disciplinario por el uso indebido del crédito horario
- Incapacidad temporal en situaciones de pérdida de salario

- El absentismo como fenómeno de creciente y permanente preocupación para las empresas debido a su incidencia en los costes laborales y, por tanto, en la productividad y en la competitividad de las mismas.

- Recomendaciones sobre el absentismo injustificado contenidas en el Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (2005, 2007).

- Reflejo en los convenios colectivos.
 - Complementos de IT.
 - Primas de asistencia y puntualidad.
 - Régimen sancionador.

- ¿Qué posibilidades de actuación ofrece la ley frente al absentismo laboral?



Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por absentismo laboral



- Artículo 52.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, según redacción de la Ley 3/2012:

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

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

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



Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por absentismo laboral



- Principales problemas interpretativos y prácticos generados por la norma:
 - ¿Pueden acumularse las faltas de asistencia justificadas e injustificadas en el cómputo?
 - ¿Pueden tomarse en consideración faltas de asistencia injustificadas ya prescritas?
 - Concepto de “meses”: ¿naturales o de fecha a fecha?
 - ¿Debe alcanzarse el 20%/25% en cada uno de los meses de cómputo o en el conjunto de meses tenidos en consideración?
 - Conceptos de “enfermedades causadas por embarazo” o “enfermedad grave”.
 - ¿Cómo saber qué enfermedad padece el trabajador?



Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por absentismo laboral

- Algunas respuestas de acuerdo con la doctrina judicial existente:
 - El 20%/25% de ausencias no tiene que darse en cada uno de los meses de referencia, sino en el periodo de dos meses consecutivos o de cuatro meses discontinuos.
 - La referencia al periodo “mes” debe entenderse como hecha de fecha a fecha, y no por meses naturales (aunque existe alguna sentencia en este sentido).
 - El periodo de 12 meses debe entenderse referido a los 12 meses inmediatamente anteriores a la extinción del contrato.
 - Las ausencias han de ser intermitentes (al menos, dos periodos de baja).
 - Las jornadas hábiles de ausencia deben computarse como jornadas completas, no pueden computarse las ausencias proporcionalmente atendiendo a las horas de ausencia.
 - Posibilidad de computar sucesivos procesos de baja, siempre que no sean superiores a 20 días consecutivos, aún cuando se trate de recaídas o derivados de una misma enfermedad.
 - No son de aplicación los plazos de prescripción establecidos en el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por absentismo laboral



- Sentencia del TSJ de Burgos, de 13 de noviembre de 2012:
 - Supuesto de hecho: despido de un trabajador que había permanecido en situación de incapacidad temporal derivada de contingencia común en determinados periodos, uno de ellos debido a una intervención quirúrgica.
 - Alegación del trabajador: supuesto de fuerza mayor. Aplicación analógica de la excepción del cómputo de las faltas de asistencia motivadas por accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales.
 - Doctrina del Tribunal:
 - La fijación de una fecha para la realización de una intervención quirúrgica programada, no impone su sometimiento imperativo al paciente al que se dirige, permitiéndose por la Administración sanitaria la fijación de nueva fecha, caso de no ser viable la inicialmente establecida.
 - No es posible la aplicación analógica solicitada en este supuesto.



Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por absentismo laboral



- Sentencia del TSJ de Cataluña, de 9 a abril de 2013:
 - Supuesto de hecho:
 - Trabajadora que había padecido dos procesos de incapacidad temporal consecutivos (desde el 20.02 al 24.02 y del 27.02 al 02.03).
 - Despido por faltas de asistencia que superan el 20% de jornadas hábiles en dos meses consecutivos, tomando como referencia el período comprendido entre el 20 de febrero y el 23 de abril de 2012.
 - Alegaciones de la trabajadora:
 - la referencia a "meses" debe entenderse a meses del calendario y no al periodo escogido por la empresa de fecha a fecha;
 - la "intermitencia", se refiere a jornadas hábiles, y no a días naturales;
 - se ha de atender al tipo de enfermedad que genera las bajas. No debe entenderse que existen dos periodos de incapacidad cuando emanan de la misma patología.



Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por absentismo laboral



- Sentencia del TSJ de Cataluña, de 9 a abril de 2013:
 - Doctrina del Tribunal:
 - Concepto de "meses": computo de fecha a fecha (STS de 9 de diciembre de 2010, RJ 2011, 238).
 - Fijación de la "intermitencia": se debe computar por días naturales (no hábiles).
 - El hecho de que los dos procesos de incapacidad temporal (cuya suma supera los 20 días) emanaban de una misma patología no puede llevar a la consideración de la existencia de un solo proceso excluido del cómputo.

Despido disciplinario en casos de fraude durante la incapacidad temporal



- Despido en casos de fraude durante la incapacidad temporal:
 - Despido disciplinario (transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza, etc.).
 - Análisis caso por caso teniendo en consideración las circunstancias concurrentes.
- La realización de actividades durante la incapacidad temporal no será causa de despido disciplinario procedente salvo que:
 - Se acredite que dichas actividades perjudican la recuperación del trabajador.
 - Revelen la simulación de la enfermedad que ha supuesto la incapacidad temporal (aptitud laboral del trabajador).
 - Se acredite que el trabajador lleva a cabo trabajos remunerados.



- Despido de representantes de trabajadores por el uso indebido del crédito horario:
 - Despido disciplinario (transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza, etc.).
 - Análisis caso por caso.
- Principios aplicables en el análisis del caso:
 - Presunción de probidad de la correcta utilización del crédito horario.
 - Limitación, pero no prohibición absoluta, de las facultades de control y vigilancia por parte de la empresa:
 - Los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones sin estar sometidos a una vigilancia singular por parte del empresario.
 - Justificación del hecho desencadenante de la vigilancia y juicio de proporcionalidad.
 - Despido procedente únicamente en supuestos excepcionales de conducta sostenida de utilización del crédito horario en provecho propio (patente abuso por parte del representante).
- Despido improcedente: la opción (extinción/readmisión) corresponde al representante.



- Cuestión no pacífica.
- Incapacidad temporal-ejercicio del derecho de huelga:
 - La empresa no puede descontar el día de huelga a un trabajador que inicie un proceso de incapacidad temporal el mismo día de inicio de la huelga, salvo que éste hubiera manifestado su intención inequívoca de adherirse a la misma a través de manifestaciones expresas.
 - Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 1 de julio de 2008 y 14 de junio de 2011 (trabajador en situación de incapacidad temporal que participa en actos propios de la huelga como dar folletos o tirar papeles con el resto de los huelguistas).



- Incapacidad temporal-suspensión de empleo y sueldo:
 - La suspensión de empleo y sueldo no es causa de extinción de la situación de incapacidad temporal (la prestación y, en su caso, el complemento debe seguir abonándose al trabajador).
 - Frente a ello, y como posibilidad para la compañía, cierta doctrina judicial, permite que se difiera el cumplimiento de la sanción, con la finalidad de que ésta no coincida con la incapacidad temporal (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de junio de 2008).
 - Especial atención a la doctrina contenida en la Sentencia del TSJ de Cataluña, de 26 de febrero de 2013:
 - Relativa a un funcionario en situación de suspensión de empleo y sueldo.
 - El Tribunal deniega el derecho a la prestación por incapacidad temporal al considerar que durante la suspensión de empleo y sueldo no existe renta que deba ser suplida.





**"Tollad el sendero de la justicia
porque éste es ciertamente el
sendero recto."**