



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y DEL TRABAJO DE
SORIA

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO FIN DE GRADO

EL ABSENTISMO LABORAL EN ESPAÑA: DATOS ACTUALES Y LEGISLACIÓN

Presentado por Fabiola Pérez Marín

Tutelado por: Ana María Sanz Vega

Soria, Junio 2019

CET

FACULTAD de CIENCIAS EMPRESARIALES y del TRABAJO de SORIA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	- 2 -
1. EL ABSENTISMO LABORAL. CONCEPTO Y CAUSAS	- 3 -
1.1 CAUSAS	- 4 -
1.1.1 CAUSAS RELACIONADAS CON LA ORGANIZACIÓN.....	- 4 -
1.1.2 CAUSAS LEGALES.....	- 5 -
2. EL ABSENTISMO LABORAL EN ESPAÑA	- 5 -
2.1 ORDENAMIENTO JURÍDICO	- 5 -
2.2 TASA DE ABSENTISMO Y FACTOR DE BRADFORD	- 7 -
2.2.1 TASA DE ABSENTISMO	- 7 -
2.2.2 FACTOR DE BRADFORD	- 8 -
2.3 LA TASA DE ABSENTISMO EN ESPAÑA.....	- 9 -
2.3.1 COSTE DEL ABSENTISMO LABORAL.....	- 15 -
2.3.2 EL ABSENTISMO LABORAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE GÉNERO	- 16 -
3. EL DESPIDO POR MOTIVO DE AUSENCIAS AL TRABAJO	- 18 -
3.1 REFORMAS LABORALES	- 18 -
3.2 LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR ABSENTISMO LABORAL.....	- 19 -
3.3 EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR ABSENTISMO LABORAL.....	- 29 -
4. CONTROL LEGAL DEL ABSENTISMO.....	- 32 -
4.1 CONTROL LEGAL DEL ABSENTISMO JUSTIFICADO	- 32 -
4.2 CONTROL LEGAL DEL ABSENTISMO INJUSTIFICADO	- 34 -
5. CONCLUSIONES.....	- 36 -
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	- 37 -
7. ABREVIATURAS	- 39 -
8. ANEXO.....	- 39 -

INTRODUCCIÓN

La palabra “absentismo” surgió en las Islas Británicas durante el siglo XVII., traducción que se relaciona con un fenómeno rural que consistía en el abandono del cultivo de las tierras, conocido como “absentee landlord”. Sin embargo, se empezó a considerar como un concepto negativo de las relaciones laborales con la Revolución industrial en Inglaterra, haciendo referencia a los trabajadores que se ausentaban de las fábricas (Porret, 2012).

Existen múltiples definiciones del absentismo laboral, sin embargo ninguna definición puede entenderse como oficial. Así, según la Real Academia de la Lengua Española, el absentismo es el *“abandono habitual del desempeño de funciones y deberes propios de un cargo”*.

Se trata de un fenómeno controvertido, un problema complejo, sujeto a múltiples interpretaciones, que no distingue entre países, el tamaño de la organización, la raza o el sexo de los trabajadores, ya que tiene lugar en todos los casos posibles.

En España los índices de absentismo se han visto aumentados en los últimos años de forma gradual tras el paso de la crisis. Sin embargo, veremos como estos datos engloban factores que se constituyen como derechos de los trabajadores y que hacen que dichos índices no reflejen de forma transparente los índices de absentismo real de nuestro país.

Así mismo, la escasa regulación del absentismo en nuestro país tiene mayor incidencia en lo relativo a la extinción de la relación contractual por parte del empresario, permitiendo las ausencias laborales finalizar la relación laboral de dos formas, que como analizaremos en este trabajo, resultan claramente favorecedoras para el empresario.

Por último, a pesar de que la ley deja libertad al empresario para gestionar el control de las ausencias de los trabajadores, nuestro Derecho Laboral modera aquellas formas más habituales de control del absentismo, las cuales analizaremos, y cuyo fin es el de garantizar el respeto de los derechos Constitucionales de los trabajadores.

1. EL ABSENTISMO LABORAL. CONCEPTO Y CAUSAS

A pesar de que no existe una definición oficial de absentismo, podemos definirlo como las ausencias al trabajo que tienen lugar cuando estaba prevista la presencia del trabajador en el mismo, y que incluye tanto las ausencias justificadas como las injustificadas. Se trata de una conducta de gran incidencia en la organización empresarial puesto que afecta a la eficacia y eficiencia de la misma y por ende, genera pérdidas no sólo para la organización sino para el propio trabajador.

Cabe añadir que se excluye de esta definición los descansos semanales, vacaciones, fiestas y permisos que regula el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

Sin embargo, es común que en las empresas estas ausencias justificadas se incluyan dentro del cómputo del absentismo que ellas mismas realizan.

Algunos autores distinguen entre “ausencia laboral” y “absentismo laboral”, de forma que el primero hace referencia a las ausencias justificadas del trabajador (vacaciones y festivos, permisos y licencias, accidentes de trabajo, etc.) y que se relacionan con la involuntariedad del trabajador, mientras que el segundo hace referencia a las ausencias no justificadas que se relacionan con la voluntariedad del trabajador de ausentarse de su puesto de trabajo (Martínez, 1994 citado en Díaz, Arroyo y Rodríguez, 1999).

Desde el punto de vista de la empresa, la sustitución del personal ausente requiere adiestrar a nuevos empleados o que otros realicen horas extraordinarias para compensar el trabajo no realizado por el ausente (Rodríguez, Samaniego y Ortiz, 1996), lo que realmente tampoco soluciona el problema de la ausencia de un trabajador, puesto que se ven repercutidos por ello tanto los responsables de turno como los compañeros del trabajador, así como la dirección de la empresa en cuanto al coste.

Está gestionado por los departamentos de recursos humanos de las empresas, para los que el absentismo supone un reto constante, ya que éstos se encargan de diseñar formas de control, establecer unos límites tolerables, así como desarrollar mecanismos que logren evitar tasas elevadas de ausencias en la organización. Es común también, que los beneficios sociales que la empresa otorgue a sus trabajadores estén limitados a ciertos índices de absentismo.

Por otro lado, desde el punto de vista del empleado podemos considerar que el absentismo se trata de una conducta, puesto que, a pesar de que la ausencia más habitual al trabajo está relacionada con los problemas de salud, no todos los individuos que enferman faltan al trabajo, ni todas las ausencias injustificadas están relacionadas con la salud, sino con factores personales del trabajador.

En este sentido es importante señalar la voluntariedad o involuntariedad de la ausencia laboral. Las causas que dan lugar a estos casos pueden estar relacionadas con las condiciones de trabajo y/o el clima laboral, ya que por lo general los individuos quieren trabajar y realizar sus tareas de la mejor forma

posible. En estos casos, el absentismo no sería la solución ya que no mitiga el problema de fondo, por lo que su estudio está ligado a los factores psicosociales que tienen influencia en el trabajador.

Sin embargo, como ya se ha adelantado, la ausencia más habitual está relacionada con la salud del empleado y por tanto, afecta al derecho de los propios trabajadores a no desempeñar su puesto de trabajo en condiciones que afecten a su salud.

Así, añadido al derecho a la salud del trabajador, el absentismo está contemplado en el ET de forma que la ausencia del trabajador se constituye como un derecho de los trabajadores en determinados casos como veremos más adelante.

Además, el absentismo de los trabajadores también genera una serie de derechos al empresario, materializándose en sanciones e incluso en el despido del trabajador, siempre que sea probada dicha conducta.

1.1 CAUSAS

Las causas del absentismo laboral pueden tener su origen en múltiples factores. De entre todos ellos, vamos a orientarlas principalmente conforme a dos vertientes: las que están relacionadas con la organización y gestión empresarial, y las causas legalmente establecidas.

1.1.1 CAUSAS RELACIONADAS CON LA ORGANIZACIÓN

En primer lugar, con respecto a la organización y gestión empresarial, es evidente que la misma influye en la motivación y eficiencia del trabajador en la empresa.

Por lo general estas causas tienen su origen en una deficiente gestión de los recursos humanos que influye en la motivación del trabajador, el cual utiliza la ausencia al trabajo como una vía de escape. Es lo que podemos denominar como absentismo voluntario.

Estas causas son contrarrestadas mediante políticas empresariales que se manifiestan en gratificaciones o premios al no absentismo que desarrolla el departamento de recursos humanos, limitados a ciertos índices de absentismo del trabajador.

Aunque son estudio de otra materia, este tipo de causas están estrechamente relacionadas con las causas legales puesto que comúnmente se manifiestan en forma de incapacidades temporales fraudulentas (fingidas o ampliadas), y pueden dar lugar a sanciones y despidos por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo¹.

¹ Artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.

1.1.2 CAUSAS LEGALES

En segundo lugar, *“llamamos causas legales a aquellas que vienen motivadas por la existencia de una norma legal que permiten que un empleado no acuda a trabajar cuando se den determinadas circunstancias”* (Molinera, 2006, p. 59). En este caso la ley lo que contempla es el derecho de los trabajadores a ausentarse de su puesto de trabajo en determinadas situaciones personales.

Dentro de las causas legales de absentismo encontramos:

- Los permisos o licencias, regulados en el ET², donde se establece una lista concreta de las situaciones que pueden dar lugar a ausencias justificadas, pudiendo ser ampliadas dichas situaciones por Convenio Colectivo, e incluyéndose tanto los permisos retribuidos como los no retribuidos.
- La Incapacidad Temporal (IT), regulada en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS en adelante)³⁴, consistente en la enfermedad en la que se encuentra el trabajador, sea común o profesional, así como accidente, sea o no laboral.
- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, reguladas en la LGSS⁵.
- La huelga, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, y aquellas derivadas de la violencia de género⁶.

Todas estas causas anteriormente citadas, mediante justificación y previo aviso (en el caso de las licencias y permisos), se constituyen como derechos del trabajador a ausentarse de su puesto de trabajo, de forma que el empresario no podrá negarse a permitir las, ni podrá obligar al trabajador a desempeñar sus tareas en tales situaciones.

2. EL ABSENTISMO LABORAL EN ESPAÑA

2.1 ORDENAMIENTO JURÍDICO

El Derecho Laboral de nuestro país hace escasa referencia al absentismo laboral. Así, a pesar de que en la Constitución Española no se hace una mención explícita, el absentismo está estrechamente relacionado con los siguientes artículos:

² Artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores.

³ RD legislativo 8/2015 de 30 de Octubre.

⁴ Artículos 169 a 176 de la Ley General de la Seguridad Social.

⁵ Artículos 177 a 182; artículos 183 a 185; artículos 186 y 187; artículos 188 y 189 de la Ley General de la Seguridad Social.

⁶ Artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 10.1

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social.”

Artículo 37. 1 y 2

“La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.”

Artículo 43. 1 y 2

“Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Compete a los poderes públicos la organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”

Así mismo, en el ET el absentismo se regula en cuatro artículos:

- En el artículo 37.3, que hace referencia a los permisos y licencias a los cuales los trabajadores tienen derecho.
- También se contempla la extinción contractual por absentismo por dos vías; por causas objetivas en el artículo 52.d) y por despido disciplinario en el artículo 54.2 a). En función de si las ausencias son justificadas o injustificadas podrá tomarse una vía u otra. Estos casos se estudiarán con detalle más adelante.
- Por último, en el artículo 64.2 d), en el que se establece el derecho del comité de empresa a ser informado trimestralmente sobre el índice de absentismo y las causas.

Cabe mencionar a la LGSS con respecto a la definición y regulación de la incapacidad temporal, maternidad, y demás contingencias, así como las prestaciones que dan lugar las mismas, ya que comúnmente las ausencias por estas causas se incluyen dentro del concepto de absentismo laboral.

Así mismo, también es necesario mencionar a la LPRL⁷ puesto que hace referencia a obligaciones de los empresarios y derechos de los trabajadores en cuanto a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el ámbito laboral, causas que como las anteriores, se incluyen comúnmente en el cómputo del absentismo laboral.

Debido a la poca regulación existente en nuestro Derecho Laboral relativa al absentismo, es de gran importancia el contenido que comúnmente se regula en los Convenios Colectivos.

En ellos se pactan incentivos por reducción del absentismo laboral de determinados porcentajes en la empresa (Sala, 2018), se mejoran y regulan los permisos y licencias legalmente establecidos, se crean comisiones para el control del absentismo, se establecen pluses salariales por no absentismo, se regulan las técnicas de control del absentismo, así como las sanciones sujetas a comportamientos absentistas, entre otras.

Así por ejemplo, una de las mejoras en cuanto a permisos remunerados se refiere más habitual es la asistencia a consulta médica (por enfermedad propia o de familiar) en horario laboral, en ocasiones estableciéndose un tope máximo de horas de ausencia al año, así como la regulación de horas de asuntos propios u horas de libre utilización, generalmente materializadas en uno o varios días al año.

Las cláusulas más repetidas que tienen como finalidad reducir el absentismo son aquellas que mejoran los porcentajes en las prestaciones de IT sujeto a determinadas tasas de absentismo en la empresa a cómputo general o del trabajador individualmente (Adecco, 2016).

2.2 TASA DE ABSENTISMO Y FACTOR DE BRADFORD

2.2.1 TASA DE ABSENTISMO

Como anteriormente se ha citado, el artículo 64.2 d) del ET establece que las empresas están obligadas a informar trimestralmente al comité de empresa sobre el índice de absentismo y sus causas.

A nivel estatal no existen datos oficiales, sin embargo en nuestro país existen varios organismos que se encargan de realizar informes sobre las tasas de absentismo, que se basan en la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL)⁸ del Instituto Nacional de Estadística (INE) y en la Encuesta de Coyuntura Laboral (ECL) del Ministerio de Trabajo, y cuyos datos es necesario desgranar para entender por qué se trata al absentismo como un problema.

⁷ Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995 de 8 de noviembre.

⁸ Informa sobre el tiempo de trabajo de la población asalariada, las horas pactadas, pagadas, efectivas y las horas no trabajadas.

La tasa de absentismo consiste en el porcentaje de horas no trabajadas⁹ respecto a la jornada laboral pactada efectiva. Ésta se calcula dividiendo los días que un trabajador se ha ausentado de su puesto entre los días que debería de haber trabajado en total, y multiplicando el resultado por cien.

$$T. A. = \frac{\text{Días no trabajados}}{\text{Total de días hábiles pactados}} \times 100 = \%$$

Esta fórmula es utilizada para hacer estimaciones del absentismo en nuestro país, utilizando para ello las horas pactadas efectivas y las no trabajadas, según la fórmula siguiente, mediante datos obtenidos por la ETCL y la EPA¹⁰. Así mismo es utilizada también de manera individual por las empresas.

$$\text{Horas pactadas efectivas} = \text{horas pactadas} + \text{horas extraordinarias} - \text{horas no trabajadas (vacaciones, festivos y ERTes)}$$

Lo conveniente es que cada empresa realice un propio control del absentismo y sus propias medias, de forma que pueda compararse con la situación general de España y así pueda valorar en qué situación se encuentra.

2.2.2 FACTOR DE BRADFORD

Además de la fórmula anterior, para ir más allá es útil utilizar el factor de Bradford que permite detectar ausencias reincidentes en los trabajadores. Su fórmula es la siguiente:

$$\text{Factor Bradford} = n^{\circ} \text{ de contingencias}^2 \times \text{total días de baja que generan}$$

Con este factor se detectan comportamientos repetitivos en relación al resto de trabajadores puesto que permite ordenar de mayor a menor a los mismos según la puntuación de asistencia obtenida, destacando al personal que repunta por la mayor frecuencia de sus bajas.

En la siguiente tabla se puede apreciar un ejemplo de aplicación del factor de Bradford, de forma que tres trabajadores (A, B, y C) realizan un número de ausencias diferentes, pero que en cómputo resulta de la misma duración.

Este factor permite identificar al trabajador cuyas ausencias son más frecuentes, ya que del resultado de la fórmula se obtiene una puntuación mayor (trabajador C) con respecto a los otros trabajadores (trabajadores A y B).

⁹ Excluyéndose vacaciones, festivos, y horas perdidas por Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTes).

¹⁰ Encuesta de Población Activa

Trabajador	Ausencias	Duración días	Fórmula	Puntuación
A	1	10	$1^2 \times 10$	10
B	3	1 3 6	$3^2 \times 10$	90
C	8	1 1 1 1 1 1 1 3	$8^2 \times 10$	640

Tabla 1: Ejemplo de factor de Bradford. Fuente y elaboración propia.

El origen de este factor, ideado por la Bradford University School en los años ochenta, se basa en la teoría de que las ausencias cortas y frecuentes tienen mayor incidencia en la organización que las ausencias largas puesto que interrumpen el rendimiento de los trabajadores.

Tiene sentido ya que es más fácil sustituir a un trabajador cuya ausencia va a tener una duración prolongada y conocida, que sustituir a quien se ausenta de forma inesperada y en periodos cortos y desconocidos. Además, los efectos de la ausencia son más importantes (sobrecarga a compañeros, horas extras, reorganización empresarial, etc.).

Las empresas deben decidir las acciones a realizar para erradicar los comportamientos en cada rango de puntuación.

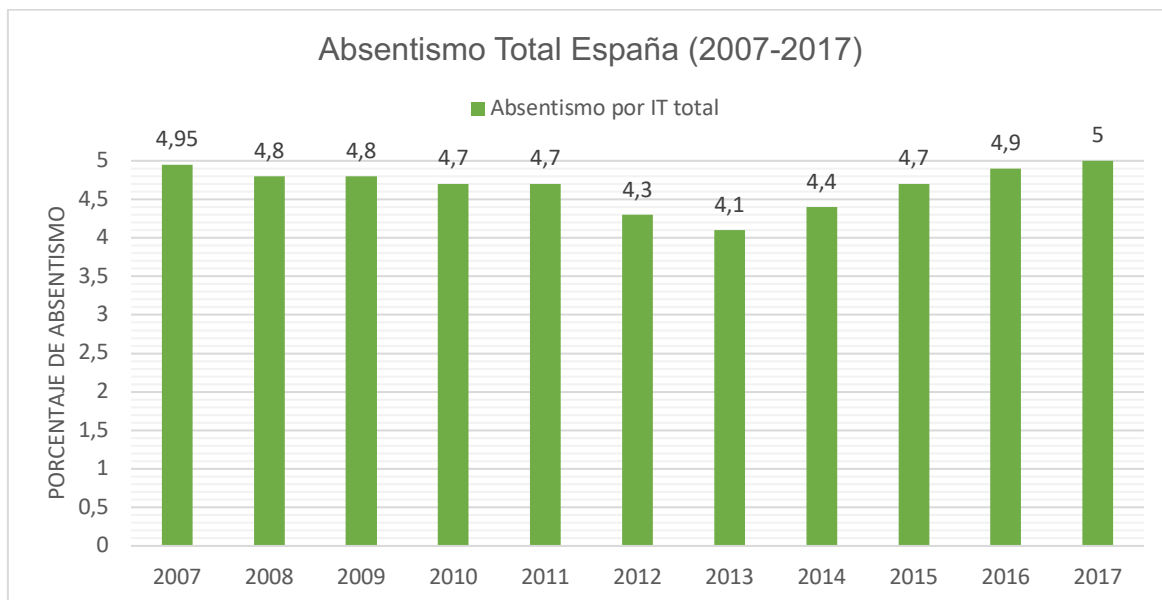
2.3 LA TASA DE ABSENTISMO EN ESPAÑA

En España, la tasa de absentismo ha alcanzado su máximo histórico situándose los últimos datos en un 5%. Sin embargo, este porcentaje hace referencia a un absentismo en sentido amplio en el que se incluyen las situaciones de IT, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, que como anteriormente se ha explicado, son causas legales que permiten al trabajador ausentarse de su puesto de trabajo (y por tanto, derechos de los trabajadores) y por ello este porcentaje no refleja la realidad.

Se estima que en España faltan cada día a su puesto de trabajo sin estar de baja médica 256.000 personas, mientras que en el caso de las ausencias por baja médica se estima que la cifra asciende hasta 676.000 personas (Ranstad, 2018).

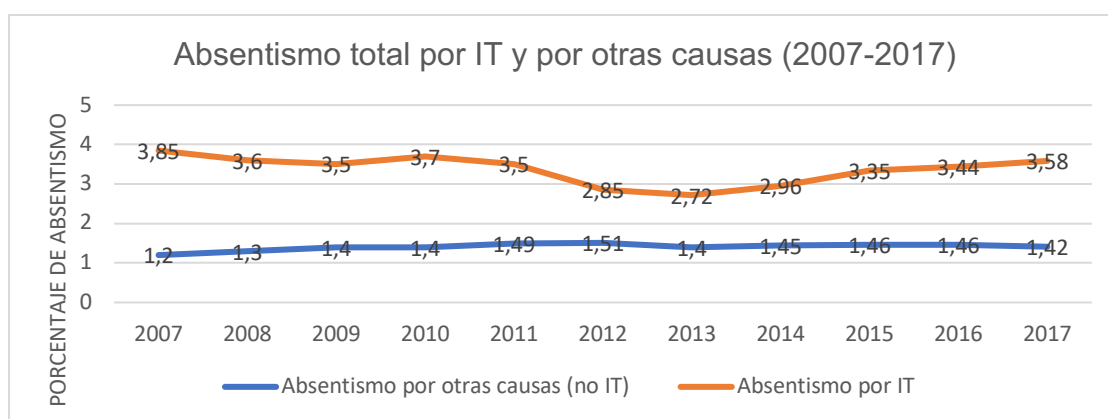
La variación es significativa, por ello es importante separar el absentismo legal del absentismo injustificado en el cálculo de los índices.

En la siguiente gráfica se puede observar la evolución del absentismo en España en los últimos diez años, en la cual se puede apreciar un descenso de la tasa en el periodo más acusado de crisis (de 2010 a 2013) y como en los últimos años, en los que se ha ido superando la crisis, la tasa ha aumentado, concretamente un 21% desde 2014, superando su máximo histórico situándose en un 5% frente al 4,95% de 2007 (Grupo Adecco, 2018)¹¹.



Gráfica 1: Absentismo total en España (2007-2017). Fuente Grupo Adecco y elaboración propia.

Así, si se entiende el absentismo como un “problema” sería necesario excluir de su cómputo los derechos de los trabajadores a ausentarse para ver realmente cuál es su incidencia. Por ello, los datos varían si se excluye las IT, como se puede apreciar en la gráfica siguiente:



Gráfica 2: Absentismo total por IT y por otras causas (2007-2017). Fuente Grupo Adecco y elaboración propia.

¹¹ VII Informe Adecco sobre absentismo.

Podemos observar como el porcentaje de absentismo por IT (3,5%) es bastante mayor que el absentismo por otras causas (1,42%) y así ha sido la tendencia en los últimos diez años.

Es importante la diferenciación ya que lo que debería considerarse un problema para el empresario son las ausencias injustificadas y por tanto, no debería considerarse un problema que una mujer tome una baja por maternidad o que un trabajador sufra un accidente no laboral y deba ausentarse durante varias jornadas, es decir, no es un problema el deber de respetar los derechos de los trabajadores.

Por ello, aunque a priori los datos sobre absentismo pudieran resultar alarmantes, la realidad es el absentismo en nuestro país es mucho menor de lo que puede parecer.

Cabe destacar cómo la tasa de absentismo por IT se redujo en los años de crisis más acusada, mientras que el absentismo por otras causas sufrió pocas variaciones. Ello es debido a que los motivos que subyacen en estas otras causas están relacionados con factores no económicos (como veremos más adelante), mientras que en el caso de las IT, su disminución en los años de crisis podría estar ocasionada por el alto desempleo (y las pocas ofertas de trabajo que conlleva), el miedo a perder el empleo que hubiera podido provocar asistir al trabajo aún en situaciones de enfermedad, o bien por el descenso de las IT fraudulentas derivadas de las dos causas anteriores.

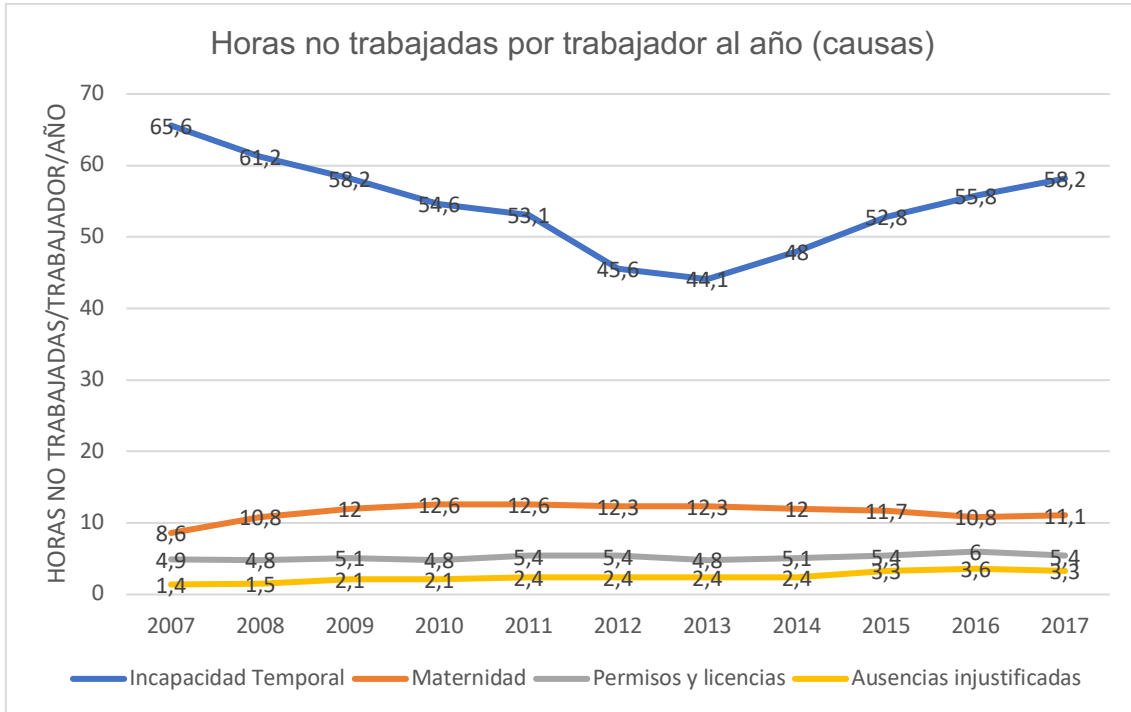
Durante 2018, el 86,36% de las bajas por IT eran derivadas de contingencias comunes, frente a un 13,64% que tenían su origen en accidentes de trabajo y o enfermedades profesionales (Adecco, 2018).

Con respecto a las bajas fraudulentas, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) efectuó en el último trimestre de 2018, 64.000 controles médicos a los procesos de IT para intentar evitar la incidencia de estos procesos de bajas por los altos costes que los procesos de IT generan al Estado y a las empresas, de lo que aún no se han obtenido datos oficiales. Si nos remitimos a los últimos datos oficiales, en el Informe de evaluación del Pacto de Toledo de 2011 a 2015 se comprobaron irregulares entre un 40% y un 45% de las bajas laborales durante ese periodo.

Sin embargo, CCOO estima que las bajas fraudulentas se sitúan en torno al 4%, ya que los métodos de cálculo utilizados del sindicato tienen en cuenta la totalidad de las inspecciones que detectan el fraude entre el total de personas con una baja, y no entre el total de las inspecciones realizadas (CCOO, 2018).

Mediante las horas no trabajadas por trabajador al año, según los datos obtenidos de la ETCL, se puede observar (como en la gráfica anterior) la clara diferenciación entre las horas no trabajadas por IT y las no trabajadas por otras causas. En concreto, en la siguiente gráfica se desgranar las causas de ausencias, pudiendo apreciarse la diferenciación de las ausencias por IT con respecto a la maternidad, los permisos y licencias y las ausencias injustificadas.

Cabe recordar al respecto que las tres primeras (IT, maternidad, y permisos y licencias) son causas reguladas por la ley y por los Convenios Colectivos, por lo que las ausencias que representan un absentismo que se ajusta más a la realidad en la gráfica siguiente son los datos referidos a ausencias injustificadas.



Gráfica 3: Horas no trabajadas por trabajador al año (causas). Fuente Grupo Adecco y elaboración propia.

Así, la segunda causa que más ausencias provoca son las bajas por maternidad. Esta es una de las razones por las que a día de hoy sigue existiendo rechazo ante la contratación de mujeres en edad fértil, problema social que dificulta el acceso al trabajo de este género y acentúa las desigualdades existentes.

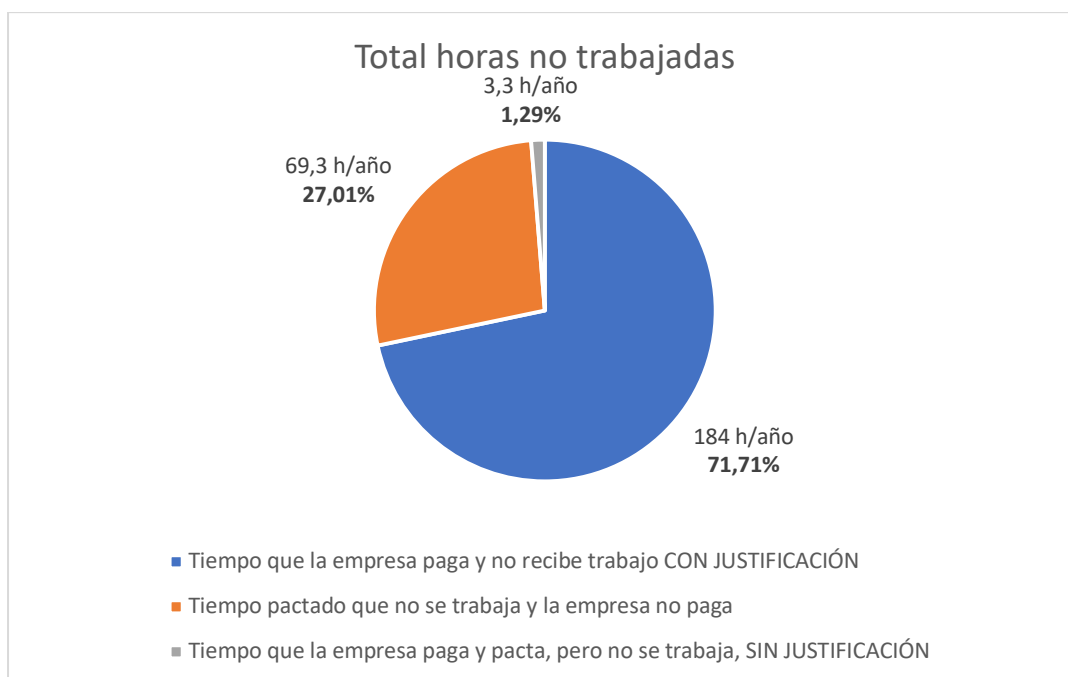
Entre los motivos que llevan a que se produzcan ausencias injustificadas, destacan los relacionados con el ámbito familiar del trabajador y la organización empresarial, principalmente en relación al horario y calendario laboral. Podemos por tanto señalar las siguientes causas (Adecco, 2018):

- Problemas y dificultades en el ámbito familiar.
- Conciliación de la vida laboral y personal.
- Problemas de salud leve que no justifican una baja médica.
- “Efecto lunes” y “efecto puentes”, o alargar los fines de semana.
- Mal ambiente de trabajo.
- Mobbing¹².

Las horas no trabajadas por trabajador al año las podemos diferenciar en tres grupos según el pago que coste para la empresa y su justificación:

¹² Acoso laboral o acoso moral en el trabajo.

- a) **Tiempo que la empresa paga y no recibe trabajo, con justificación.** En este caso se incluyen las licencias y permisos, las vacaciones, los festivos, las ausencias por motivos técnicos y otras ausencias como aquellas por formación o por el ejercicio de las actividades de representación legal de los trabajadores. Frente a este tipo de ausencias, la empresa no puede hacer nada puesto que son derechos de los trabajadores legalmente reconocidos.
- b) **Tiempo pactado que no se trabaja y la empresa no paga.** En este caso se incluyen las prestaciones de la Seguridad Social como la IT y la maternidad, así como las ausencias derivadas de la conflictividad laboral como son las huelgas y el cierre patronal. Se trata de las ausencias que representan un mayor número de horas no trabajadas de forma individual si se excluyen las vacaciones y festivos (a pesar de que las horas relativas a la conflictividad laboral en su cómputo son muy bajas).
- c) **Tiempo que la empresa paga y pacta pero no se trabaja, sin justificación.** Representan el absentismo real, y por tanto el absentismo eludible.



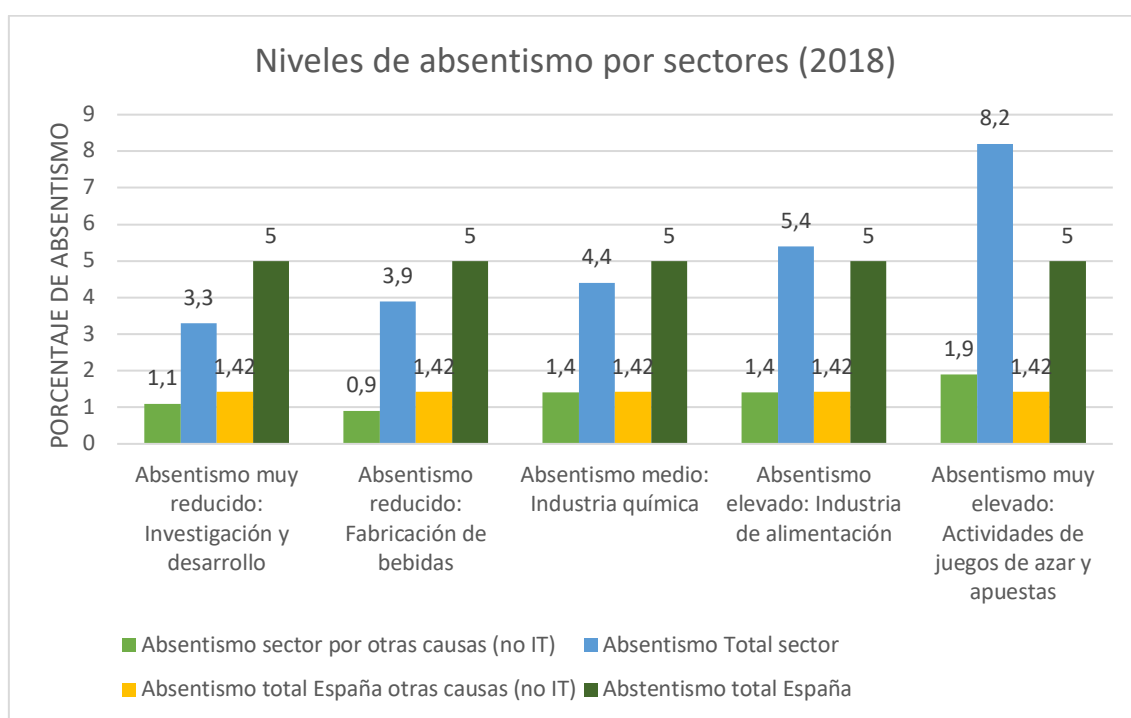
Gráfica 4: Total horas no trabajadas por trabajador 2017. Fuente Grupo Adecco y elaboración propia.

Así, la mayoría de las horas no trabajadas por trabajador al año son aquellas horas justificadas que la empresa paga y no recibe trabajo (71,71%), ya que en este grupo se encuentran las vacaciones y festivos, que son las ausencias más numerosas (174 horas al año de media por trabajador respecto a 184 horas al año de media del grupo); en segundo lugar, el tiempo pactado que no se trabaja y la empresa no paga (27,01%), que siguiendo lo anteriormente expuesto, engloba las causas de ausencias más habituales excluyendo las vacaciones y festivos (IT y maternidad); y en tercer lugar, las horas que la empresa paga y pacta pero que no se trabaja y no tienen justificación (1,29%), que a pesar de

ser el porcentaje más bajo, son las ausencias más importantes puesto que reflejan el absentismo real y están relacionadas con las condiciones de trabajo y la conciliación de la vida personal y familiar.

También es interesante señalar que el absentismo varía en función de los sectores, de forma que se pueden diferenciar cinco niveles; sectores con absentismo muy reducido (menos de 3,4%), sectores con absentismo reducido (entre 3,4% y 4,1%), sectores con absentismo cercano a la media de España (entre 4,2% y 5%), sectores con absentismo elevado (entre 5,1% y 6,2%), y sectores con absentismo muy elevado (más de 6,2%) (Randstad, 2018).

Para la elaboración de la siguiente gráfica, se ha tenido en cuenta un sector dentro de los cinco niveles, y comparado los resultados con las tasas de absentismo en España tanto total como excluyendo las IT, de forma que se puede apreciar que la diferencia de datos entre sectores es bastante significativa.



Gráfica 5: Niveles de absentismo por sectores (2018). Fuente: Randstad y elaboración propia.

Con respecto al absentismo por otras causas (no IT), cabe añadir que a pesar de que en cada nivel se engloban diferentes sectores que presentan diferentes tasas, las variaciones con el absentismo total (1,42%) es menor que la las variaciones respecto a los valores que sí tienen en cuenta las IT, a excepción de algunos sectores concretos (como las actividades sanitarias y la industria del tabaco) en los que estas tasas doblan el 1,42%¹³ de la media española.

No existen a simple vista causas que justifiquen el por qué existe una diferenciación grande entre las tasas de absentismo de unos sectores y otros,

¹³ 2,8% en las actividades sanitarias y 3,2% en la industria del tabaco.

puesto que aunque en algunos casos pudiera parecer que aquellos en los que los trabajadores tienen mayor probabilidades de sufrir accidentes de trabajo, enfermedades profesionales o IT por contingencias comunes van a situarse dentro del “absentismo muy elevado”, tienen tasas de absentismo bajas (como es el caso de la construcción de edificios¹⁴), y de forma inversa, que aquellos sectores que están menos expuestos a sufrir estas contingencias presentarán tasas de absentismo baja, y sin embargo, presentan altas tasas (por ejemplo, las actividades administrativas de oficina y otras actividades auxiliares a las empresas)¹⁵.

2.3.1 COSTE DEL ABSENTISMO LABORAL

El principal motivo por el que se habla de problema cuando se hace referencia al absentismo es por los costes que éste genera. Hay dos agentes principales a los que les repercute en cuanto a costes el absentismo: el Estado y los empresarios.

El cálculo del coste del absentismo a nivel individual en la empresa es importante para tomar decisiones e intentar reducirlo. Sin embargo se trata de un cálculo complejo por la dificultad de medir las variables que pueden provocar que las tasas sean altas.

Cuando hablamos de los costes que produce el absentismo, principalmente podemos distinguir tres tipos de costes:

a) Los costes directos que se generan al Estado por los procesos de bajas.

Según AMAT¹⁶ las bajas de IT por contingencias comunes generaron en 2017 un coste al Sistema de Seguridad Social de 6.614,46 millones de euros. En este caso, sería más adecuado hablar de ausentismo puesto que se trata de una causa legal de ausencia laboral.

b) Los costes directos que supone a la empresa el pago a los trabajadores ausentes.

De nuevo es fácil obtener resultados globales sobre el coste para las empresas de los procesos de IT; según AMAT, en 2017 estos procesos generaron un coste de 6.273,99 millones de euros. Las ausencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional generan mayores costes para la organización. Sin embargo, estos datos económicos nos hablan del ausentismo en las empresas y no del absentismo real.

Para calcular el absentismo, es necesario considerar las ausencias injustificadas e irregulares, por lo que si tenemos en cuenta el coste medio por hora pagada según la ETCL (19,79 euros en 2017) y las horas no

¹⁴ Se encuentra dentro del nivel de “absentismo muy reducido” con una tasa de absentismo total del 2,4% y de absentismo por otras causas (no IT) de un 0,5%.

¹⁵ Se encuentra dentro del nivel de “absentismo elevado” con una tasa de absentismo total del 6,1% y de absentismo por otras causas (no IT) de un 1,4%.

¹⁶ Asociación de Mutuas de Accidente de Trabajo.

trabajadas por trabajador al año con motivos injustificados (establecidas en el epígrafe anterior), el coste del absentismo por trabajador se estima en unos 482 euros al año o 40 euros al mes (Adecco, 2018).

c) Los costes indirectos.

Son aquellos que debe soportar la empresa, como la sustitución del trabajador, la disminución de la producción, los costes de organización, etc. También sería necesario añadir los costes de control del absentismo, es decir, el tiempo que dedican las empresas a gestionar el absentismo, idear mecanismos para reducir las tasas, aumentar la motivación, etc.

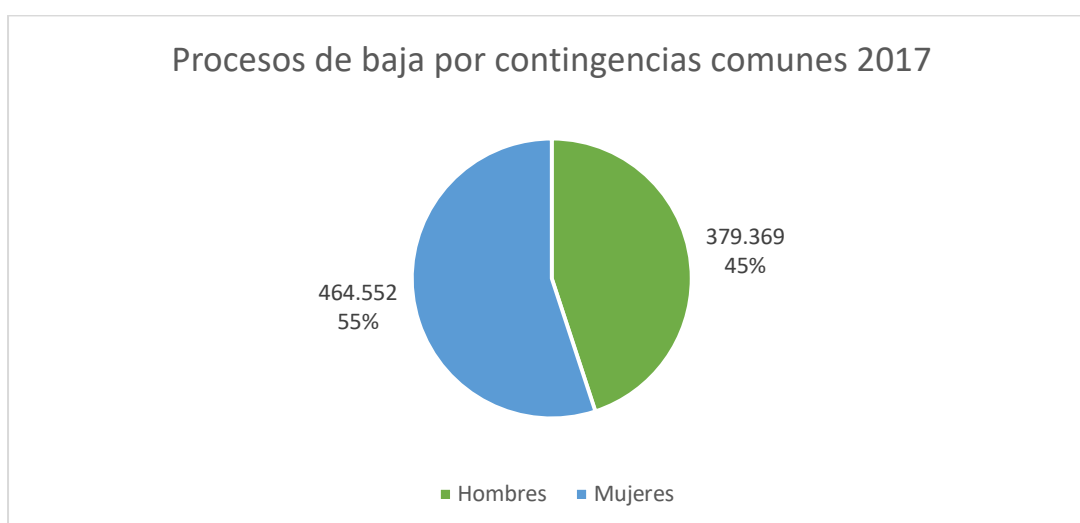
En este punto también es importante incluir el coste de oportunidad, es decir, la rentabilidad que no se percibe por no producir debido a una ausencia determinada, de forma que ésta afecta a la productividad de la empresa.

Por lo general estos costes son de difícil cálculo a nivel individual en la empresa, y por tanto también a nivel estatal.

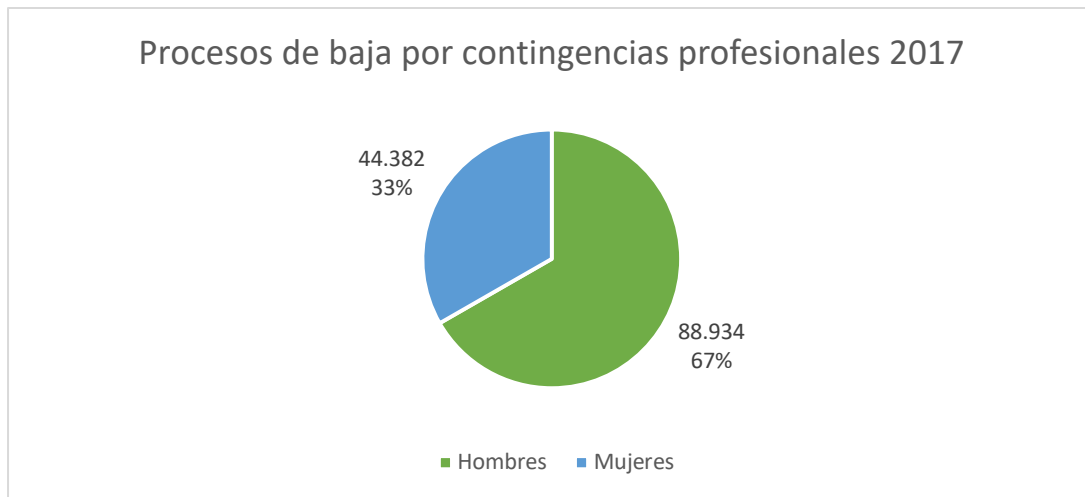
2.3.2 EL ABSENTISMO LABORAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE GÉNERO

La variable del género es comúnmente utilizada en los estudios sobre absentismo, los cuales vienen manifestando como esta tasa ha aumentado conforme la incorporación de la mujer al mundo laboral ha aumentado.

A pesar de que la raíz de las causas del absentismo laboral se enfoca en las condiciones de trabajo, los estudios centran los datos en las ausencias por contingencias comunes y contingencias profesionales, notándose así la diferenciación de género.



Gráfica 6. Procesos de baja por contingencias comunes 2017. Fuente Adecco y elaboración propia.



Gráfica 7. Procesos de baja por contingencias profesionales 2017. Fuente Adecco y elaboración propia.

Cabe añadir con respecto a las contingencias comunes que no se incluyen en dicho estudio los casos de maternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, son situaciones exclusivas de las mujeres.

Sin embargo, en las empresas estos casos sí suelen incluirse dentro del cómputo del absentismo, lo que engrosa las tasas y aumenta la diferenciación de género, no resultando por tanto una comparativa fiable.

Así, podemos observar la diferenciación en cuanto al género con respecto a las contingencias comunes y las contingencias profesionales, posiblemente por la masculinización de los sectores en los que los riesgos son mayores (construcción, agricultura, etc.).

Entre las causas que pueden afectar a la diferenciación de género, es necesario mencionar el reparto de roles dentro del hogar que de forma tradicional diferencia a hombres y mujeres, y que genera que las mujeres atiendan el hogar y sus familiares (hijos principalmente) en una proporción mayor que la que lo hacen los hombres.

A pesar de que dicha variable es muy utilizada en los estudios, no existen datos relativos al absentismo injustificado en relación al género, por lo que decir que las mujeres tienen mayores tasas de absentismo que los hombres no tiene una base sólida y por tanto, no hace más que engrosar el problema social de la incorporación de la mujer al trabajo.

3. EL DESPIDO POR MOTIVO DE AUSENCIAS AL TRABAJO

3.1 REFORMAS LABORALES

La última reforma laboral en España fue aprobada por el Consejo de Ministros en el año 2012 con el objetivo de paliar los efectos de la crisis económica que comenzó en nuestro país en 2008.

En aquel momento España tenía unas tasas de desempleo que superaban todos los records y que situaban a nuestro país a la cabeza en las listas de países de la Unión Europea, por lo que con esta Ley¹⁷ lo que se trató es de favorecer la creación de puestos de trabajo así como flexibilizar las relaciones laborales internas y externas.

Principalmente estas reformas han afectado al despido, tanto individual como colectivo, flexibilizando las causas que dan lugar a la extinción del contrato y abaratando los costes de las indemnizaciones legales y los salarios de tramitación¹⁸, afectando directamente a la regulación del absentismo laboral.

Así, el absentismo se constituye como una causa de despido regulada en dos artículos, cuya diferencia principal está fundamentada en la justificación de las ausencias.

Por un lado, en el artículo 54 del ET se regula el despido disciplinario, el cual está basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, detallándose en dicho artículo una lista de comportamientos que pueden dar lugar al despido. Así, este artículo en su apartado a) contempla el despido por absentismo laboral, considerándose como incumplimiento contractual *“Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”*.

Cabe añadir que el procedimiento de despido no se vio modificado en la reforma laboral anteriormente citada, sin embargo sí las indemnizaciones relativas al despido improcedente¹⁹. Así, en el caso de que así fuera declarado, si el empresario no opta por la reincorporación del trabajador, tendrá que abonar una indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades²⁰, frente a los cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades anteriormente establecidos, lo que da lugar a una rebaja importante del coste empresarial por este tipo de despido.

¹⁷ Ley 3/2012 de 6 de Julio, de medidas urgentes para para la reforma del mercado laboral.

¹⁸ Es el salario correspondiente entre la fecha de despido y la declaración del mismo como improcedente o nulo, al cual tiene derecho el trabajador en estos casos.

¹⁹ Una vez comunicado el despido al trabajador, éste puede impugnarlo judicialmente, declarándose el despido procedente, improcedente o nulo. El despido improcedente tiene lugar cuando el empresario no ha cumplido con los requisitos legalmente establecidos.

²⁰ Artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Por tanto, los costes del despido eran más elevados que en la actualidad, a los cuales había que sumarles el salario de tramitación²¹. Por ello, a pesar de encontrarnos en una situación grave de crisis con alto desempleo, estas reformas laborales relativas al despido paradójicamente no lo frenaron sino que abarataron sus costes y facilitaron el despido de los trabajadores por los empresarios.

Por otro lado, en el artículo 52 del ET se encuentra regulada la extinción del contrato por causas objetivas, que aunque menos utilizada puesto que es más común la figura del despido disciplinario, estas causas también fueron redefinidas para que pudieran ser valoradas y juzgadas, a priori, de forma más sencilla, aunque como veremos más adelante, su aplicación práctica no es tan obvia.

En relación al absentismo, con estas reformas laborales se introdujo una modificación dejándose de tener en cuenta el absentismo global de la plantilla²² como forma de extinción del contrato por causas objetivas, con el objetivo de simplificar los problemas interpretativos que tenían lugar hasta ese momento.

A través de esta supresión se ha desbloqueado esta vía de extinción en beneficio del empresario (Moreno y Romero, 2012) por lo que actualmente el artículo 52 d) del ET establece que podrá extinguirse el contrato por causas objetivas *“Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcance 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 periodo de doce meses”*.

Lo que se ha producido ha sido una simplificación de la extinción por esta causa.

La supresión de este requisito es relevante puesto que dificultaba la decisión del empresario ya que el umbral colectivo era el único elemento objetivo con que poder presumir, que no acreditar, un perjuicio al empresario por la inasistencia (Molina, 2015), y por tanto condicionando al trabajador que pueda alcanzar los porcentajes legales con ausencias totalmente justificadas, introduciendo una fuerte presión a que renuncie a situaciones de ausencias justificadas (Arias, 2013 citado en Molina, 2015).

3.2 LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR ABSENTISMO LABORAL

Para que esta causa surja efecto, es necesario que el absentismo sea relevante.

²¹ En la Ley 3/2012 se estableció que el pago del salario de tramitación sólo sería abonado en el caso de un despido declarado judicialmente improcedente y se opte por la admisión del trabajador, así como en el caso que sea declarado nulo. Por tanto, no se debe abonar en el caso de que se opte por no admitir al trabajador como sí se hacía anteriormente a esta ley.

²² La Ley 35/2010 de 17 de septiembre, en la disposición adicional vigésima redactaba el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores así: *“Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2.5 % en los mismos periodos de tiempo”*.

Así, además de lo ya citado anteriormente relativo a la extinción del contrato por las faltas continuadas al puesto de trabajo, el segundo párrafo del artículo 52 limita las ausencias que pueden dar lugar a la extinción contractual protegiendo así los derechos de los trabajadores, siendo las siguientes excepciones:

- Huelga legal.
- Actividades de representación legal de los trabajadores.
- Accidente de trabajo.
- Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades derivadas del embarazo, parto o paternidad.
- Licencias y vacaciones.
- Enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración superior a veinte días consecutivos.
- Las situaciones físicas o psíquicas derivadas de la violencia de género.
- Cáncer o enfermedad grave.

Estas limitaciones restringen notablemente las ausencias computables, pudiendo afirmar a priori que computa la enfermedad o accidente no laboral con una duración inferior a 20 días consecutivos, o que no haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales.

Moreno y Romero (2012) establecen que derivado de lo anterior, los requisitos para que esta causa de extinción contractual sea efectiva son:

- a) Deben ser faltas de asistencia al trabajo y no faltas de puntualidad.
- b) Deben ser faltas de asistencia que sean computables.
- c) Estas faltas pueden ser justificadas e injustificadas.
- d) Deben ser intermitentes, no pudiendo tratarse de una única causa de ausencia.
- e) Deben de alcanzar los porcentajes legalmente establecidos en dicho artículo.

Con ello lo que la ley pretende es además de proteger los derechos de los trabajadores de ausentarse en determinadas circunstancias sin perjuicio alguno, proteger a la vez al empresario de los perjuicios ocasionados por las ausencias continuadas.

Lo más relevante de la reforma laboral del 2012, como anteriormente se ha explicado, es que eliminaba el índice de absentismo general de la empresa, de forma que este despido se centra únicamente en las ausencias individuales del trabajador, y facilitando esta posibilidad de extinción del empresario.

Atendiendo al contenido textual del artículo 54 d), el legislador distingue entre dos periodos; por un lado, un periodo corto de dos meses *“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 las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles...”*, y por otro lado un periodo largo *“...o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”*.

Por tanto, podemos distinguir entre un periodo de dos meses y otro de cuatro meses, pudiendo optarse por uno u otro. La diferencia principal entre ambos periodos es que en el primero los dos meses de cómputo han de ser consecutivos mientras que en el segundo caso los cuatro meses pueden ser discontinuos.

En cuanto al cómputo de los meses, puesto que el ET no establece nada, es de aplicación el artículo 5 del Código Civil que especifica que se computarán de fecha a fecha. Así mismo, en el caso en el que la falta de asistencia al trabajo se produzca los días finales de un mes y los primeros del mes siguiente, estos últimos no computarían²³.

Cabe recalcar que en el caso de enfermedad común o accidente no laboral con periodo superior a veinte días, estas ausencias no podrán contar dentro del cómputo de esta causa de despido. Con ello lo que se pretende penalizar es el abuso de la intermitencia por parte de los trabajadores.

En cuanto al “*dies ad quem*”, es decir, el momento en el que ha de empezar el cómputo del periodo de doce meses, el Tribunal Supremo ha establecido una nueva manera a través de una sentencia²⁴, en la que el inicio del “*dies ad quem*” era el asunto en cuestión, que el mismo será la fecha de despido, desde la cuál las faltas de asistencia tendrán que alcanzar el 5% anteriormente citado en el periodo corto, además del 20% en dos meses consecutivos, así como el 25% en el periodo largo.

Así, establece que ambos periodos (el corto de dos meses y el largo de cuatro meses) deben coincidir en un único periodo de doce meses a partir de la fecha de despido, pero con porcentajes diferentes.

Vamos a analizar cómo se realiza el cálculo en los dos periodos por separado:

a) Supuesto en periodo corto

El cálculo del porcentaje de las faltas de asistencia que pueden dar lugar al despido objetivo en la práctica resulta confuso y perjudicial para los trabajadores según los meses que se utilicen en el cálculo puesto que no todos ellos tienen los mismos días hábiles.

Así por ejemplo, en referencia al periodo corto, determinadas ausencias intermitentes no representan el mismo porcentaje si el cómputo hace referencia a un periodo de dos meses u otro, es decir, no es lo mismo ausentarse dos meses cuyos días hábiles sean más numerosos que otros dos meses que lo sean menos.

²³ STS 7472/2010, de 9 de Diciembre.

²⁴ STS 316/2018, de 19 de Marzo.

A priori, un mes normal tiene veintiún días hábiles, que en dos meses sería un total de cuarenta y dos días hábiles, por lo que los días de ausencia necesarios que representarían el 20% serían ocho.

$$20\% \text{ de } 42 \text{ días hábiles} = 8,2 \text{ días hábiles}$$

De la misma forma podemos calcular de forma general el número de faltas necesarias para cumplir el segundo requisito de este periodo corto, consistente en el 5% de las jornadas hábiles en los doce meses anteriores. Por ende, si un mes normal tiene veintiún días hábiles, un año, sin restar festivos ni vacaciones, tiene doscientos cincuenta y dos días hábiles.

$$21 \text{ días hábiles} \times \text{Doce meses del año} = 252 \text{ días hábiles al año}$$

$$5\% \text{ de } 252 \text{ días hábiles} = 12,6 \text{ días hábiles}$$

Por tanto según esto, podría procederse a un despido objetivo si un trabajador se ausenta ocho días hábiles en un periodo de dos meses, según los días hábiles de los doce meses anteriores.

A esto hay que añadir determinados sectores o empresas que en su calendario laboral establecen algunas semanas concretas de cierre, o cierran la empresa en los días anteriores o posteriores a días festivos (lo conocido como puentes), restándose a los trabajadores de sus vacaciones, lo que influye también en los porcentajes según los meses en los que se den estas circunstancias.

Así, con un mismo número de faltas, a mayor número de días hábiles del mes menor será el porcentaje, mientras que a menor número de días hábiles del mes, mayor será el porcentaje.

Para el estudio del cálculo, he tomado una situación real referida a una sentencia del Tribunal Supremo²⁵ en la que una trabajadora a jornada completa se ausentó doce días de forma intermitente en un periodo de dos meses por varias bajas de IT.

La sentencia establece que la fecha de despido es el día 1 de marzo de 2012, por lo que, atendiendo a lo establecido actualmente por el TS, las ausencias de la trabajadora desde el 1 de marzo de 2011 hasta el 1 de marzo de 2012 deberían suponer un 5% de las jornadas hábiles.

La trabajadora según la sentencia tenía planificado cuarenta y dos días de trabajo en los dos meses consecutivos que se argumentan. En su empresa el calendario laboral de los meses de junio, julio y agosto es el siguiente, siendo los días en verde aquellos en los que la trabajadora presentó las ausencias y en rojo aquellos no laborales (sirviendo esto además para el resto de ejemplos del trabajo):

²⁵ STS 6406/2013 de 10 de Diciembre.

JUNIO 2011							JULIO 2012						
<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>	<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>
		1	2	3	4	5					1	2	3
6	7	8	9	10	11	12	4	5	6	7	8	9	10
13	14	15	16	17	18	19	11	12	13	14	15	16	17
20	21	22	23	24	25	26	18	19	20	21	22	23	24
27	28	29	30				25	26	27	28	29	30	31

AGOSTO 2012						
<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31				

	Días hábiles en la empresa	Porcentaje que representa la baja de doce días
15 de Junio al 15 de Agosto	42	28,57%

De esta forma, las faltas de asistencia según lo establecido en el ET suponen un 28,57% de los días hábiles en los dos meses anteriores y por tanto, el despido es procedente.

Cabe añadir que la sentencia resuelve un despido producido en 2011 cuya problemática reside en la aplicación del artículo 52 d) modificado tras la reforma del 2012, que tras recurso de casación resuelve el TS a favor de la empresa, no aplicando lo referido al 5% de las ausencias de la trabajadora en los doce meses anteriores.

Por tanto, para que el supuesto se ajuste a la realidad legislativa actual, supongamos que el total de días hábiles en esa empresa son 238 días de los cuales se han restado festivos (14 días²⁶), por tanto, los doce días de ausencia representarían un 5,04% y por tanto, la empresa podría despedir a la trabajadora.

$$21 \text{ días hábiles al mes} \times 12 \text{ meses} = 252 \text{ días hábiles al año}$$

$$252 \text{ días hábiles} - 14 \text{ festivos} = 238 \text{ días hábiles al año}$$

$$12 \text{ días de ausencia en } 238 \text{ días hábiles} = 5,04\%$$

²⁶ Artículo 37 del ET.

Por tanto, una ausencia de una trabajadora de sólo 12 días en doce meses puede dar lugar al despido objetivo de la misma, aún siendo estas ausencias justificadas, cantidad que resulta injusta más refiriéndose a situaciones de IT que se constituyen un derecho del trabajador a no desempeñar su puesto de trabajo en plenas condiciones de salud.

Por otro lado puede darse la situación en la que una persona sea despedida con menos ausencias por los días hábiles del mes en el que se produzcan dichas ausencias como ya se ha anticipado.

En el segundo supuesto planteado para entender el por qué es perjudicial para el trabajador según se realice el cómputo, hace referencia a un caso que a pesar de no ser real es probable, en el que un trabajador con contrato indefinido se ausente siete días de forma ininterrumpida y justificada en un periodo de dos meses, que supongamos corresponden a los meses de noviembre, diciembre, y enero, y que podría dar lugar al despido objetivo de asunto. Dicha empresa, que como veremos en un caso real posterior (relativo a la empresa FICO Mirrors), y por tanto se ajusta a la realidad empresarial de algunos sectores, cesa la producción la última semana de diciembre por lo que cabría considerar tales días como no hábiles²⁷.

Si dicho trabajador hubiera sufrido dos procesos de IT, el primero de tres días de duración y el segundo proceso de cuatro días, correspondiéndose a los días en verde del siguiente calendario, siendo los días en rojo aquellos días festivos y cierre empresarial, ya que dicha empresa tiene en Convenio Colectivo pactado que se produzca el cierre empresarial en los días de puente.

NOVIEMBRE 2018							DICIEMBRE 2018						
<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>	<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>
			1	2	3	4						1	2
5	6	7	8	9	10	11	3	4	5	6	7	8	9
12	13	14	15	16	17	18	10	11	12	13	14	15	16
19	20	21	22	23	24	25	17	18	19	20	21	22	23
26	27	28	29	30			24	25	26	27	28	29	30
							31						

ENERO 2019						
<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			

²⁷ Se trata de jornadas de compensación con la finalidad de que resulte el cómputo de la jornada anual.

	Días hábiles en la empresa	Porcentaje que representa la baja de siete días
12 de Noviembre al 12 de Enero	35	20%

En este caso sólo siete ausencias suponen un 20% del total de las jornadas hábiles de la empresa. por tanto, según el momento del calendario laboral de la empresa en la que se produzcan las ausencias, incluso con un número reducido de faltas de asistencia justificadas se podría argumentar un despido objetivo por absentismo.

Si estas siete ausencias tuvieran lugar en un periodo de dos meses ininterrumpidos en los que no hubiera ninguna jornada de cierre empresaria ni tantos festivos como era el caso, las siete ausencias no hubieran sido suficientes para argumentar una extinción contractual.

Con respecto al segundo requisito, si suponemos que le ha sido notificada la carta de despido el día 23 de enero de 2019, las jornadas hábiles de la empresa en los doce meses anteriores sean las mismas que en el supuesto anterior, restándole la última semana de diciembre en la que se produce el cierre empresarial, lo que daría un total de doscientos treinta y tres días hábiles, no serían suficientes para justificar el despido puesto que suponen un 3%.

Para que pueda cumplirse con este requisito, si el trabajador en los doce meses anteriores se ha ausentado cinco días más, es decir, un total de doce días, podría dar lugar al despido objetivo por absentismo.

$$238 \text{ días hábiles} - 5 \text{ días hábiles de cierre empresarial} = 233 \text{ días hábiles}$$

$$5\% \text{ de } 233 \text{ días hábiles} = 11,65 \text{ días hábiles}$$

Con este supuesto lo que pretendo argumentar es cómo determinadas situaciones de ausencias justificadas según las jornadas hábiles del mes en el que se produzcan pueden ser aprovechadas por los empresarios para justificar una extinción contractual, resultando claramente injustas para el trabajador.

b) Supuesto en periodo largo

Atendiendo estrictamente a lo establecido en la ley, las faltas de asistencia deben de alcanzar el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en un periodo de doce meses.

Siguiendo la misma formulación utilizada anteriormente, si un mes tiene veintiún días hábiles, cuatro meses tienen un total de ochenta y cuatro días hábiles. De ellos, el trabajador ha de ausentarse un 25%, que suponen ausencias intermitentes de veintiún días.

21 días hábiles de un mes x 4 meses = 84 días hábiles

25% de 84 días hábiles = 21 días hábiles

Este supuesto es también favorecedor para el empresario puesto que, como en el caso anterior, los días hábiles difieren entre unos meses y otros. Así, la ley no establece cuáles deben ser los cuatro meses que sirvan de cómputo y permite al empresario elegir aquellos que les sean más favorables.

Sin embargo, en este caso las ausencias que deben tener lugar por parte del trabajador deben ser más numerosas que si utilizamos el periodo anterior. A pesar de ello, es importante recalcar que pueden ser ausencias justificadas.

Para el estudio del cálculo, he tomado como referencia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León²⁸, que tiene como asunto un despido objetivo por absentismo de una trabajadora durante el periodo que corresponde del 7 de Junio de 2013 al 7 de Junio de 2014, en el que la empresa argumenta las siguientes ausencias por procesos de IT de la trabajadora:

	7/6/2013 al 7/7/2013	7/9/2013 al 7/10/2013	7/12/2013 al 7/1/2014	7/3/2014 al 7/4/2014	TOTAL
Días hábiles de ausencia justificada de la trabajadora	2 (3 y 4 de Julio)	1 (16 de Septiembre)	9 (Del 8 al 20 de Diciembre)	12 (Del 21 de Marzo al 7 de abril)	24
Días hábiles en la empresa	19	20	14	22	75

La trabajadora recibió la carta de despido el día 16 de Abril de 2014, fecha desde la cual atendiendo al cómputo actual, se debe iniciar el cómputo de los doce meses anteriores. Puesto que la sentencia es anterior a este criterio judicial, el cálculo de los doce meses se efectúa desde la última fecha de ausencia.

Atendiendo a dicho cómputo, el total de las faltas de asistencia representan un 32% de los días hábiles, superando el 25% exigido por la ley.

El primer asunto en cuestión reside en el inicio del cómputo de las faltas, que la empresa comienza a realizar el 7 de Junio del 2013, fecha que corresponde con la primera alta de IT (7 de Abril de 2014), siendo erróneo dicho cálculo puesto que la jurisprudencia establece que se debe de iniciar el cómputo en la primera fecha de IT a considerar (3 de Julio de 2014) y por ende, la empresa realiza un cálculo desfavorable para la trabajadora.

²⁸ STSJ CYL 830/2014.

El segundo asunto en cuestión hace referencia a una situación de IT que comenzó el día 2 de diciembre y terminó el día 20 de diciembre, siendo un total de 19 días. Con respecto a ella, la empresa siguiendo el cómputo fecha a fecha, inicia el cómputo desde el día 7 de diciembre, momento que no incluye el inicio de la IT sino que hace que compute una parte de ella. Aún siendo correcto que las fechas se computen los días 7 del mes, y no el día 3 como se ha argumentado anteriormente que sería lo correcto, el cómputo debería haberse tomado del 7 de noviembre al 7 de diciembre.

- A) Situación que recoge el inicio de la IT (2 de diciembre) suponiendo el cómputo fecha a fecha realizado por la empresa como correcto.

Total de días hábiles = 21

Total de días de baja = 4

NOVIEMBRE 2013							DICIEMBRE 2013						
<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>	<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>
				1	2	3							1
4	5	6	7	8	9	10	2	3	4	5	6	7	8
11	12	13	14	15	16	17	9	10	11	12	13	14	15
18	19	20	21	22	23	24	16	17	18	19	20	21	22
25	26	27	28	29	30		23	24	25	26	27	28	29
							30	31					

- B) Cómputo de la IT realizado por la empresa.

Total de días hábiles = 14

Total de días de baja = 9

DICIEMBRE 2013							ENERO 2014						
<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>	<u>Lu</u>	<u>Ma</u>	<u>Mi</u>	<u>Ju</u>	<u>Vi</u>	<u>Sa</u>	<u>Do</u>
						1			1	2	3	4	5
2	3	4	5	6	7	8	6	7	8	9	10	11	12
9	10	11	12	13	14	15	13	14	15	16	17	18	19
16	17	18	19	20	21	22	20	21	22	23	24	25	26
23	24	25	26	27	28	29	27	28	29	30	31		
30	31												

Obviamente, el supuesto utilizado por la empresa además de que suponía incluir un número mayor de días de baja, también suponía incluir un número menor de días hábiles, lo que incrementa significativamente el porcentaje, ya que a mayor días de baja y menor número de días hábiles, el porcentaje es mayor.

Por tanto, teniendo en cuenta que el inicio del cómputo llevado a cabo por la empresa es erróneo, debiendo iniciarse el día 3 de julio y por tanto, siguiendo lo establecido en el artículo 5 del Código Civil, en referencia a esa IT la fecha correcta de cómputo sería del 3 de noviembre al 3 de diciembre, y por tanto la situación correcta de cómputo sería la siguiente:

Total de días hábiles = 22
 Total de días de baja = 2

NOVIEMBRE 2013							DICIEMBRE 2013						
Lu	Ma	Mi	Ju	Vi	Sa	Do	Lu	Ma	Mi	Ju	Vi	Sa	Do
				1	2	3							1
4	5	6	7	8	9	10	2	3	4	5	6	7	8
11	12	13	14	15	16	17	9	10	11	12	13	14	15
18	19	20	21	22	23	24	16	17	18	19	20	21	22
25	26	27	28	29	30		23	24	25	26	27	28	29
							30	31					

Así, el cómputo de las ausencias realizado por la empresa es erróneo debiendo ser el siguiente:

	3/7/2013 al 3/8/2013	3/9/2013 al 3/10/2013	3/12/2013 al 3/01/2014	3/3/2014 al 3/4/2014	TOTAL
Días hábiles de ausencia justificada de la trabajadora	2 (3 y 4 de Julio)	1 (16 de Septiembre)	2 (2 y 3 de Diciembre)	10 (Del 21 de Marzo al 3 de abril)	15
Días hábiles en la empresa	23	22	22	24	88

Por tanto, según el cómputo correcto la trabajadora realiza un total de quince faltas de asistencia en ochentaiocho días laborales, lo que supone un porcentaje del 15%, no llegando al 25% necesario establecido para este tipo de extinción contractual en el ET.

Como hemos podido analizar, el empresario haciendo ejercicio de la libre elección de las IT y sus correspondientes meses, puesto que el ET no establece ninguna limitación ni regula más allá que el estricto porcentaje y su inclusión en doce meses, la empresa utiliza favorablemente dicho cómputo de la forma que le resulta más beneficiosa, resultando en un 32% de ausencias planteado por la empresa frente a el cómputo en contraposición de un 15%, resultando favorable a la trabajadora.

Independientemente del cómputo realizado, resulta muy injusto que una trabajadora por ausentarse 24 días laborales al cabo de un año por diversas situaciones de IT totalmente justificadas, pueda ser despedida de su trabajo, teniendo en cuenta que la situación de IT se constituye como un derecho del trabajador.

c) Jornadas Irregulares

El artículo 34.2 del ET regula que por Convenio Colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se pueda establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Así, la ley no establece ningún límite respecto al porcentaje, pudiendo ser negociado con un margen amplio (Casas, 2017).

Esta distribución irregular siempre ha de respetar los límites legales establecidos en cuanto a la jornada de trabajo y los descansos.

Igualmente cabe mencionar que el empresario no puede hacer un uso abusivo de este derecho, no pudiendo decidir unilateralmente la distribución de la jornada, ya que este supuesto se considera una modificación sustancial de las condiciones de trabajo según el artículo 41.1 del ET (sí pudiendo como excepción distribuir el 10% de la jornada laboral de forma irregular sin acuerdo con los representantes de los trabajadores por necesidades de la empresa), y por tanto, se entiende que esta distribución irregular deberá ser establecida por un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

Con ello se entiende jornada irregular cuando el trabajador no realiza de forma permanente una jornada laboral de 40 horas semanales, sino que ciertas semanas sobrepasa dicho límite, y otras semanas las compensa reduciéndose el número de horas. En algunas situaciones, la distribución irregular es predecible, sin embargo, en la mayoría de los casos no se conoce con suficiente anterioridad la distribución irregular exacta de las jornadas laborales.

Irremediablemente esto afecta al absentismo empresarial y hace difícil su control, puesto que el cómputo de las ausencias de estos trabajadores resulta más complicada.

Así, en cuanto al cálculo de los porcentajes (tanto el periodo corto como el periodo largo), las jornadas irregulares pueden resultar desfavorables al trabajador ya que, si se tienen en cuenta los días hábiles del mes para el cómputo, y estos trabajadores hay semanas que sobrepasan las horas legalmente establecidas que se compensan en otras semanas con jornadas de menor carga, lo que resulta en posibles días no trabajados, las ausencias justificadas de estos trabajadores pueden representar porcentajes mayores según en qué semanas o meses se hayan ocasionado.

Con ello encontramos una problemática no resuelta en el ET con respecto a este tipo de situaciones en las que se pueden encontrar los trabajadores, y que sin duda es beneficiosa para el empresario ya que puede utilizar dicha circunstancia a su favor.

3.3 EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR ABSENTISMO LABORAL

La causa que puede originar el despido disciplinario por las ausencias del trabajador no ha sufrido modificaciones con respecto a la reforma laboral del

2012. Sin embargo, se diferencia de la extinción en que en este caso el legislador contempla dos conductas: las ausencias al trabajo y las faltas de puntualidad.

Se trata de dos conductas diferentes en cuanto al tiempo real de ausencia del trabajador. Así, la falta de puntualidad implica la ausencia de una parte de la jornada laboral que conlleva que el trabajador llegue tarde, se marche antes o se ausente durante una parte de la jornada, mientras que la ausencia al trabajo supone la ausencia total durante la jornada laboral.

Así, se establece que dicha falta de puntualidad o ausencia debe derivar de un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

En cuanto a que el incumplimiento sea grave, la ley no regula cuántas faltas son necesarias para que la impuntualidad o ausencia al trabajo den lugar a un despido disciplinario justificado, por lo que tenemos que remitir a la interpretación de los órganos judiciales.

Basándonos en la actual jurisprudencia al respecto, de forma general lo que se tiene en cuenta es la repetición de las ausencias de forma que su reincidencia implique gravedad.

Así mismo, también los tribunales podrán tener en cuenta otros factores distintos a la repetitividad de las faltas, más concretos e individuales, que valoran las funciones del trabajador y la repercusión para la empresa de su ausencia. De esta forma se entiende que no es lo mismo que estas ausencias las ocasione un trabajador con un puesto único y relevante, que un operario fácilmente sustituible.

En cuanto a que el incumplimiento sea culpable, la jurisprudencia vincula la culpabilidad con la falta de justificación, como así establece expresamente el artículo 52 a) que no contempla las faltas justificadas, dejando entender que el trabajador actúa por voluntad propia, y por tanto, si el trabajador actúa voluntariamente existe dolo o culpa. La existencia de dolo o culpa tendrá que ser valorada por los órganos judiciales teniendo en cuenta el contexto personal del trabajador, y así determinar si realmente la ausencia o la falta de puntualidad del trabajador son causa de despido disciplinario.

Por ende, son causa de despido disciplinario el ejercicio de permisos y licencias sin justificación, de forma que la jurisprudencia (aunque no de forma unánime) diferencia entre la inexistencia de la justificación previa que exige el ET en el artículo 37.3 sin que concurren los motivos reales de la ausencia, y aquellos casos en los que no se produzca una justificación previa pero se produzcan los hechos legales establecidos, pudiendo declararse el despido improcedente en tal caso.

Como caso real que explique este tipo de despido encontramos una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias²⁹ que determinó que era procedente un despido disciplinario realizado por una empresa que instó a un

²⁹ STSJ AS 1825/2018 de 21 de Mayo.

trabajador a reincorporarse tras una excedencia voluntaria una vez que se había producido una vacante libre, y tras dos burofax solicitando su incorporación, se le comunica al trabajador el despido disciplinario por medio de otro burofax. El TSJ de Asturias entiende que existe un incumplimiento grave y culpable del trabajador, que de forma dolosa se ausenta injustificadamente a su puesto de trabajo y por tanto, se constituye el despido como procedente.

Así mismo, también puede ser causa de despido tomar las vacaciones sin la autorización de la empresa o excederse en su disfrute, ya que el trabajador no puede decidir sobre ello libremente y de forma unilateral. En relación a este supuesto existe multitud de jurisprudencia que coincide en que debe existir una denegación expresa por parte de la empresa y no sólo la no autorización, puesto que en este caso podría considerarse como consentimiento tácito y declarar improcedente el despido.

Cabe añadir que existen multitud de medios válidos para que el consentimiento expreso sea válido, inclusive medios electrónicos actuales como Whatsapp o SMS.

También puede ser causa de despido la no justificación de la situación de IT, aun cuando la empresa conozca de la enfermedad del trabajador. Dentro de este supuesto se incluyen los casos en los que no se produce la incorporación del trabajador una vez producida el alta médica.

Otra de las causas, con carácter más especial, es la situación de privación de libertad del trabajador, siendo importante determinar de qué tipo de privación de libertad se trata.

Por un lado, se trata de una suspensión del contrato según se establece en el artículo 45.1 g) del ET siempre y cuando no exista sentencia condenatoria³⁰ debido a que prevalece la presunción de inocencia regulada en la Constitución Española³¹.

En el caso de que la sentencia fuera firme, hasta ahora la jurisprudencia establecía que las faltas de asistencia que el trabajador ocasionara a partir de ese momento daban lugar al despido disciplinario del trabajador puesto que se entendían como faltas de asistencia no justificadas.

Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo³² ha establecido que la entrada en prisión no supone siempre un abandono del puesto de trabajo sino que puede entenderse como una dimisión tácita del mismo, ya que, aunque no es voluntario el abandono del puesto de trabajo, se entiende que son voluntarias las acciones que dan lugar a la privación de libertad. Esto es relevante puesto que, si se puede considerar una dimisión y no un despido, se incluiría dentro de lo establecido en el artículo 49.1 d) del ET. Considerarlo dimisión o proceder al despido, según esta sentencia, quedaría en manos del empleador, previendo también la

³⁰ En este caso se incluye la prisión preventiva.

³¹ Artículo 24.2 de la Constitución Española.

³² STS 1795/2018 de 24 de Abril de 2018

posibilidad de que la empresa y el trabajador negocien la situación contractual al fin de la condena.

Así, la privación de libertad con sentencia firme no significará la ausencia injustificada del trabajador y por tanto no siempre implicará el despido disciplinario del trabajador.

4. CONTROL LEGAL DEL ABSENTISMO

El control del absentismo es importante para las empresas, ya que pueden ejercer dicho control de diversas formas. Así, algunas de estas están amparadas por la ley, siendo necesario diferenciar entre el control del absentismo justificado y el absentismo injustificado.

4.1 CONTROL LEGAL DEL ABSENTISMO JUSTIFICADO

- **Incapacidad temporal del trabajador**

El artículo 20.4 del ET regula la posibilidad del empresario de *“verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo”*. Para ello, este artículo establece la necesidad de que la empresa utilice personal médico propio, estableciéndose además que *“la negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”*.

Esto quiere decir que si el trabajador se niega al reconocimiento médico, se suspenderán las mejoras que con respecto a las contingencias comunes se hayan pactado bien en el Convenio Colectivo aplicable, bien en el contrato de trabajo, y por tanto, no se suspenderá el subsidio por IT que le sea legalmente atribuido al trabajador. Por tanto, pues que dicho artículo no establece lo contrario, esta conducta del trabajador no es susceptible de sanción ni despido.

Sin embargo, esta negativa posibilita al empleador de denunciar a Inspección de Trabajo o a la Inspección Sanitaria del Servicio Público de Salud, ya que de la negativa del trabajador se puede entender la posibilidad de que exista una baja fraudulenta.

Otra de las formas de control más habituales con respecto a las IT es la contratación de detectives privados, que aunque pueda parecer una práctica ilegal por la posible presión que se ejerce sobre los trabajadores, la realidad es que estos contratos realizados con las agencias de detectives se ajustan a la ley siempre y cuando respeten el derecho a la intimidad de los trabajadores establecido en la Constitución Española³³, como así establecen numerosas

³³ Artículo 18 de la Constitución Española: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”*.

sentencias que avalan despidos disciplinarios procedentes justificados con las pruebas de detectives privados³⁴.

- **Permisos y licencias**

En el artículo 37.3 del ET se establecen los permisos y licencias a los que los trabajadores tienen derecho, pudiendo ser estos ampliados por Convenio Colectivo.

Así, la empresa está obligada siempre que el trabajador cumpla con los requisitos necesarios para generar dicho derecho, que se corresponden con dos formas de control del empresario; el preaviso y la justificación.

a) Los permisos deben ser solicitados con carácter previo, salvo excepciones. Pueden ser por escritos o no, según establecido internamente en la organización.

Con respecto al preaviso mínimo la legislación no establece nada, sin embargo se entiende que debe ser suficiente para que la empresa pueda suplir al trabajador.

En cuanto a la falta de preaviso, los tribunales a la hora de juzgar tienen en cuenta el permiso concreto, puesto que cada uno puede realizarse con una antelación diferente, así como la importancia de las funciones que esté realizando el trabajador ya que en el caso de que sean relevantes la falta de preaviso es más perjudicial.

b) Con respecto a la justificación, ésta consiste en los documentos que acrediten el permiso que se ha tomado, y se constituye como una obligación del trabajador pudiendo la empresa en caso de no realizarla correctamente considerar la ausencia como una falta de asistencia y sancionar al trabajador por ello si así lo establece el Convenio Colectivo.

En este caso, si el trabajador cumple con los requisitos pero la empresa se niega a concederlo, el trabajador debe cumplir con el mandato de la empresa pudiendo luego impugnarlo judicialmente.

En caso contrario, si el trabajador decide tomar el permiso pese a la negativa de la empresa, ésta podrá sancionarle, pudiendo el trabajador impugnar dicha sanción judicialmente. En este sentido la empresa puede ser sancionada por incumplimiento grave.

- **Culpa del empresario o fuerza mayor.**

El ET distingue entre las horas no trabajadas por culpa del empresario y las horas no trabajadas por fuerza mayor.

Es importante dicha diferenciación ya que las primeras, reguladas en el artículo 30 del ET, no exime al empresario del pago del salario correspondiente al

³⁴ Véase STSJ EXT 1240/2008 y STS 9951/2014.

trabajador como si hubiera desempeñado su trabajo. Sin embargo, en caso de las horas por fuerza mayor, el ET en el artículo 45.1. i) contempla ésta como una causa de suspensión del contrato y por tanto el empresario no tendrá la obligación de pagar el salario al trabajador. Un claro ejemplo de estas últimas son las ausencias por inclemencias climatológicas que se hayan podido constatar.

En ocasiones no es sencillo diferenciar si las horas de trabajo no realizadas lo son por culpa del empresario o por fuerza mayor. Así, la culpa del empresario, (como en el caso de no dar trabajo a un repartidor un día determinado, aun cuando el repartidor estaba a disposición de la empresa en ese momento), no conlleva que el trabajador le “deba” horas a la empresa, ya que el empresario deberá abonar su salario, y la compensación del trabajo no realizado en otro horario deberá computar como horas extras y no como horas dentro de la jornada laboral pactada.

4.2 CONTROL LEGAL DEL ABSENTISMO INJUSTIFICADO

El absentismo injustificado es más difícil de controlar que el justificado principalmente por su carácter imprevisible. Así, el Derecho Laboral prevé varias formas de control de la asistencia de los trabajadores, e igualmente modera algunas formas de control comúnmente utilizadas por los empresarios debiendo respetar lo regulado en la Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDPGDD en adelante)³⁵.

Los dos mecanismos más utilizados y que mayores controversias generan son los siguientes:

a) Fichaje de los trabajadores

Es muy habitual que los empresarios controlen el absentismo de los trabajadores mediante sistemas de fichajes en las horas de entrada y salida de su jornada. Si bien esto es un método legal según el artículo 20.3 del ET que posibilita al empresario a controlar y vigilar al trabajador “...guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad”, a priori opcional por los empresarios, el actual Gobierno ha establecido por medio de un Real Decreto³⁶ la obligación de fichar a todos los trabajadores en las empresas, a fin de controlar las horas extras y evitar el abuso empresarial.

Hasta ahora prevalecían las sentencias en las que el Tribunal Supremo³⁷ ha establecido que las empresas sólo tienen la obligación de controlar las horas extras realizadas por los trabajadores, y no las horas habituales, frente a las anteriores sentencias de la Audiencia Nacional³⁸. Si bien ante esto la Audiencia Nacional planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fundamentada en el impedimento que esto suponía al control de la

³⁵ Ley Orgánica 3/2018 de 5 de Diciembre.

³⁶ RD Ley 8/2019 del 8 de Marzo.

³⁷ STS 246/2017 de 23 de Marzo y STS 1748/2017 de 20 de Abril.

³⁸ SAN 301/2015 y SAN 383/2015.

jornada laboral, y por la cual el TJUE aún no ha dictado sentencia. El fichaje de los trabajadores debe respetar según la LOPDPGDD la confidencialidad de los trabajadores. Así mismo, es de importancia respetar lo establecido en esta ley sobretodo si el fichaje se realiza mediante sistemas biométricos (como la huella dactilar), ya que se consideran datos de carácter sensible. Según la AEPD³⁹, esta debería aplicarse siempre que resultara realmente necesaria para un control eficaz, ya que puede considerarse amparada por el artículo 20.3 del ET, y por tanto no se exigiría consentimiento expreso del trabajador.

b) Grabaciones de vídeo en el centro de trabajo

El ET no prohíbe expresamente el uso de cámaras para el control de los trabajadores por los empresarios, sin embargo, limita los sistemas de control al respeto de la dignidad de los trabajadores. Teniendo en cuenta que las imágenes tomadas por estos medios se consideran datos personales, y por tanto atentan contra el derecho a la intimidad de los trabajadores, debe de acogerse a lo regulado en la LOPDPGDD.

Así, para el uso de estas cámaras es necesaria la existencia de proporcionalidad entre la finalidad (el control de los trabajadores), y el uso de los datos, no existiendo otra medida más idónea.

Las grabaciones ocultas están totalmente prohibidas, por lo que el empresario debe de informar de la existencia de cámaras de video vigilancia mediante carteles visibles en las zonas video vigiladas que deben de establecer ante quién y dónde reclamar los derechos que la LOPDPGDD protege, así como deberá informar a los propios trabajadores y a los representantes sindicales.

Informar de la existencia de estas cámaras es importante, sobre todo de cara a posibles sanciones disciplinarias por parte de los empresarios, como ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso “López Ribalda y otros” contra España⁴⁰, en cuya sentencia se califica un despido disciplinario como procedente por la no información a la trabajadora despedida de la colocación de cámaras de video vigilancia.

Así mismo, en España se ha dado importancia también a la comunicación a los trabajadores como así ha establecido una reciente sentencia de la Sala de lo Social de Pamplona⁴¹ en la que la ausencia de comunicación de unas cámaras de video vigilancia daba lugar a la invalidez de las imágenes como prueba en un despido disciplinario.

Estas grabaciones deben respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores habiendo zonas en el centro de trabajo en las que no podrán situarse (por ejemplo en vestuarios), y sólo podrá acceder a ellas el personal autorizado (y por tanto no terceros), pudiendo conservarse las imágenes durante el plazo máximo de un mes.

³⁹ Agencia Española de Protección de Datos.

⁴⁰ De 9 de Enero de 2018, Asuntos 1874/13 y 8567/13.

⁴¹ SJSO 281/2019 de 18 de Febrero.

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones obtenidas tras la elaboración del trabajo han sido las siguientes:

- Es importante realizar una diferenciación entre el absentismo y el ausentismo, ya que en el primer término se incluye el derecho de los trabajadores a ausentarse de su puesto de trabajo en determinadas situaciones reconocidas por la ley, por lo que no siempre el absentismo debería de entenderse como un problema, sino según la forma en la que se presente, debe entenderse como un derecho.
- El absentismo como problema se centra en el absentismo no justificado, que está originado principalmente por la motivación en el trabajo y la conciliación de la vida personal y familiar, por tanto se trata de un problema cuya solución podría focalizarse en las propias empresas y en la gestión de los recursos humanos que realiza la misma.
- En España, la principal dificultad es que no existe unanimidad en cuanto al cómputo del absentismo, es decir, si se deben tener en cuenta las situaciones de IT, maternidad, paternidad, y demás circunstancias justificadas dentro del cómputo, por lo que los datos que se facilitan son sesgados y están sujetos a diferentes interpretaciones.
- En cuanto a la extinción contractual por absentismo, el ET lo contempla como causa, sin embargo su desarrollo es favorecedor para el empresario, permitiendo despedir a un trabajador con un número de ausencias reducidas, sobre todo si se tiene en cuenta que dichas ausencias son justificadas y se constituyen como un derecho de los trabajadores a ausentarse en determinadas circunstancias.
- El despido disciplinario por absentismo también tiene un desarrollo muy limitado en el ET, que no establece el número de ausencias injustificadas que pueden acreditarlo, ni las faltas de puntualidad necesarias, lo que provoca que deba existir un comportamiento doloso del trabajador sujeto a la interpretación judicial, lo que resulta desfavorable para el trabajador, y por tanto, la ley debería realizar un desarrollo más exhaustivo del mismo para evitar sentencias desfavorables de forma injusta.
- Es difícil compaginar el control del absentismo con el respecto a los derechos constitucionales de los trabajadores, por lo que sería necesario mejorar la regulación puesto que es necesario acudir a la jurisprudencia para su aplicación, además de que no se contemplan situaciones en las que la flexibilidad del trabajo dificulta dicho control, como son las jornadas irregulares o el teletrabajo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfaro, R.; Bargeño, A.; Bernal, M.; Del Campo, C.; Díaz, D.; Lastra, P.; Miñarro, J.; Murgui, F.J.; Panadès, X.; Serra, J. y Vilanova, J. (2015). *Cómo gestionar el absentismo en mi empresa: Guía de implantación y buenas prácticas*. Asepeyo.
- Basterra Hernández, M. (2014). *La distribución de la jornada de trabajo en España*. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2 (1), 78-103.
- Blasco, F.J.; Guada, J.; Sanchez-Robles, B.; Blázquez, E.M.; Checa, J.L.; Cirujano, A.; Pendás, E.; Aranda, J.; González, E.I.; Fariñas, B.; Sanz, P.P. y Suárez, A. (2018). *VII Informe Adecco sobre absentismo*. Recuperado de: <https://adecco.es/wp-content/uploads/2018/06/VII-Informe-Adecco-sobre-Absentismo-Laboral.pdf>
- Blasco, F.J.; Rodríguez, N.; Aguado, D.; Gallifa, A.M.; Guada, J.; Sánchez-Robles, B.; Díez-Ordás, E.; Durán, F.; Blázquez, E.M.; Sanz, P.P.; Checa, J.L.; Pendás, E.; Ávila, A.M. y Sanz, F. (2013). *II Informe Adecco sobre absentismo*. Recuperado de: <https://www.amat.es/Ficheros/14946.pdf>
- Casas Baamonde, M.E. (2017). *Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar*. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, 3-24.
- García Viña, J. (2010). *¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas?*. *Revista de la Universidad de Deusto*, 58 (1), 311-327.
- *Informe trimestral de Absentismo laboral*. (s.d.). Recuperado del sitio web de Ranstad: <https://research.randstad.es/wp-content/uploads/2018/11/RANDSTAD-RESEARCH-Informe-de-Absentismo-laboral-2018-T2.pdf>
- López, J.C.; Ballesteros, M.; Sampere, M.; Sacristán, R.; Alguacil, S.; Ruiz, A.; Santos, E.; García, S.; López, B. y Martínez, J.M. (2018). *Relación entre las tasas de desempleo y los indicadores de absentismo por incapacidad temporal durante periodos de crisis económica*. *Archivos de prevención de riesgos laborales*, 21 (2), 80-84.
- Maneiro, Y. (2013). *Despido en tiempos de crisis*. *Revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, 22 (2), 83-95.
- Molina Navarrete, C. (2015). *Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “caso Ring”*. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 130, 135-160.

- Molinera, J.F. (2006). *Absentismo laboral*. Fundación Confemetal: Madrid.
- Novoa, P. (1996). *El absentismo laboral como indicador de unas deficientes condiciones de trabajo*. *Cuadernos de relaciones laborales*, 9, 229-239.
- Peiró, J.M.; Rodríguez, I. y González, M.G. (2008). *El absentismo laboral: Antecedentes, consecuencias y estrategias de mejora*. Guada Impresores: Universidad de Valencia.
- Porret Gelabert, M. (2012). *El absentismo laboral en la empresa española*. *Revista técnico laboral*, 34, (131), 5-81.
- Rodríguez, A.; Samaniego, C. y Ortiz, Y. (1996). *Causas y efectos del absentismo laboral*. *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, 7, 14-19.
- Rodríguez, J.; Arroyo, S.R. y Díaz, R. (1999). *Tiempo de trabajo no realizado: Ausencia y absentismo laboral*. *La gestión de la diversidad*, 2, 123-126.
- Romero, A.M., y Moreno, J. (2012). *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales*. *Revista Internacional de Organizaciones*, 8, 31-62.
- Royo, M.A. (1999). *La duración de la incapacidad laboral y sus factores asociados*. *Gaceta sanitaria: Órgano oficial de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria*, 13 (3), 177-184.
- Sala, T. (2011). *El absentismo laboral en España y propuestas antiabsentismo desde el punto de vista legal*. *Ius et praxis*, 17 (1), 281-288.
- Sánchez Gallo, D. (2013). *El absentismo laboral en España. Del ordenamiento jurídico a la realidad empresarial* (Tesis Doctoral). Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- *Una aproximación a los costes del absentismo por ITcc*. (s.d.). Recuperado del sitio web de MC Mutual: https://www.mc-mutual.com/documents/20143/47341/visualizacion_es.pdf/92199736-c6a7-d5e8-645d-27e5963b471c

7. ABREVIATURAS

- ET: Estatuto de los Trabajadores
- IT: Incapacidad Temporal
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social
- RD: Real Decreto
- ETCL: Encuesta trimestral de coste laboral
- INE: Instituto nacional de Estadística
- ECL: Encuesta de Coyuntura Laboral
- EPA: Encuesta de Población Activa
- CCOO: Comisiones Obreras
- INSS: Instituto nacional de la Seguridad Social
- AMAT: Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- EXT: Extremadura
- LOPDPGDD: Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales
- AEPD: Agencia Española de Protección de Datos
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- SJSO: Sentencia del Juzgado de lo Social
- CYL: Castilla y León

8. ANEXO

Adjunto al final del trabajo se halla un CD con el siguiente contenido:

- Documentos tomados como referencia para la realización de las gráficas expuestas en el trabajo.
- Sentencias citadas.
- Páginas web consultadas.