



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS  
DE GRAN CANARIA

*EL ABSENTISMO LABORAL Y LA BUENA FE CONTRACTUAL*

---

---

## **TRABAJO FIN DE TÍTULO**

---

---

**Universidad de Las Palmas de Gran Canaria**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos**

---

Autor

**Orlando Javier Castellano Lantigua**

Tutor académico

**Javier Martínez Hernández**

Las Palmas de Gran Canaria, Junio 2017

# Agradecimientos

Cerca de llegar a una meta más en mi vida, y mil palabras no bastarían para agradecer a todas aquellas personas que de alguna manera han contribuido a cumplir este sueño.

En primer lugar, agradecer a mi familia.

Eduvigis por ser el pilar donde se sostiene mi vida y familia, siempre recibiendo palabras de aliento y motivación, que me dieron la fuerza para seguir luchando sin la cual, no hubiera sido posible, a mis hijos por su apoyo incondicional, porque han contribuido al cumplimiento de este importante logro personal y a los cuales quiero transmitir que con el trabajo, el esfuerzo y un espíritu de superación constante, se pueden conseguir sueños o, cuando menos, buenos hábitos para capacitarse y desenvolverse en la vida.

A mis padres, por haber labrado en mí, los valores del trabajo y el esfuerzo con su ejemplo y honradez. (Qué ejemplo de personas).

A mis hermanos, por su ayuda.

A mis compañeros de estudio por depositar su confianza en mí y brindarme el respaldo de equipo que necesitaba en los momentos complicados, facilitando el cumplimiento de los objetivos propuestos.

A los profesores que en las diferentes asignaturas han contribuido a llenar mi mochila de conocimiento y experiencias, con especial dedicación a don Javier Martínez Hernández por su trabajo y guía para la consecución del presente proyecto Fin de Título, al igual que los integrantes de la academia Canary Tech con especial mención de Francisco Torrez Gutiérrez

## **ABREVIATURAS**

AENC – Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva

Art. – Artículo

BOE – Boletín Oficial del Estado

CC – Código Civil

CCOO – Confederación Sindical de Comisiones Obreras

CE – Constitución Española

CEOE – Confederación Española de Organizaciones Empresariales

CEPYME – Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa

EDJ – El Derecho Jurisprudencia

ET – Estatuto de los trabajadores.

INGESA—Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

INSS – Instituto Nacional de la Seguridad Social

IT – Incapacidad Temporal

LGSS – Ley General de la Seguridad Social

OIT – Organización Internacional del Trabajo

RETA – Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

RDL – Real Decreto Ley

SPS – Servicio público de salud.

S.S -- Seguridad Social

TRLGSS- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

TS-- Tribunal Supremo.

TSJ—Tribunal Superior de Justicia

UGT – Unión General de Trabajadores

# RESUMEN

La gestión del absentismo laboral, es una cuestión compleja que afecta a todo tipo de organizaciones y personas, que genera importantes costes económicos directos e indirectos, tanto a las empresas como a los sistemas públicos. Un fenómeno social, con fuerte componente cultural, por lo cual, no se debe perder de vista que, para tener éxito en su reducción a medio y largo plazo, se debe mantener la visión de cambio también cultural en las organizaciones y, más allá, incluso un cambio cultural en la sociedad.

Para su abordaje es imprescindible determinar qué entendemos por el concepto “absentismo”. En este sentido, y atendiendo a las definiciones especializadas del término, adelanto qué lo considero como cualquier ausencia al trabajo cuando estaba prevista la asistencia.

Por otra parte, es importante observar las raíces de nuestro Sistema Sanitario y de Prestaciones, fruto del esfuerzo de muchas generaciones. Cuál es la legislación que lo ampara y desde la cual, se promueve garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

Por último, en el presente trabajo, se ofrece el lector un acercamiento a las nociones de la buena fe contractual y en concreto relaciona con las situaciones de incapacidad temporal. Por consiguiente, realizo un estudio de diferentes doctrinas jurisprudenciales emitidas en los últimos años por los diferentes Tribunales de Justicia, con la intención de aportar las características comunes que reúnen los supuestos de vulneración, por parte de los trabajadores, del deber de buena fe que rige el vínculo laboral para ambas partes tanto empresario como trabajador.

**Palabras clave:** Absentismo laboral, buena fe, costes directos e indirectos, gestión de los recursos humanos, incapacidad temporal, flexibilidad, presentismo, transgresión.

## SUMMARY

The management of absenteeism is a complex issue that affects all types of organizations and individuals, which generates significant direct and indirect economic costs, both for companies and public systems. A social phenomenon, with a strong cultural component, should not be forgotten that in order to be successful in reducing it in the medium and long term, the vision of cultural change in organizations must be maintained, even a cultural change in society.

For its approach it is essential to determine what we mean by the concept of "absenteeism". In this sense, and considering the specialized definitions of the term, I anticipate that I consider it as any absence to work when the assistance was planned.

On the other hand, it is important to observe the roots of our Health and Benefits System, due to the effort of many generations. Which is the legislation that protects it and from which safety and health, in all aspects related to work, is promoted.

Finally, in this project, the reader is offered an approach to the notions of contractual good faith and in particular relates to situations of temporary incapacity. I therefore undertake a study of different jurisprudential doctrines issued in recent years by the different Courts of Justice, with the intention of contributing to the common characteristics that meet the assumptions of violation by the workers of the duty of good faith that governs the employment relationship for both parts the employer and the worker.

**Key words:** Job absenteeism, good faith, direct and indirect costs, human resources management, temporary incapacity, flexibility, presentismo, transgression

# ÍNDICE

**INTRODUCCIÓN.....**

**Acercamiento a la noción del absentismo laboral.**

**CAPÍTULO 1. El Absentismo y su regulación por el Régimen Ordenamiento Jurídico.**

**1.1 Los Aspectos Conceptuales del Absentismo Laboral.....**

1.1.1 La definición de Absentismo Laboral.....

1.1.2 Clasificación del Absentismo Laboral.....

**1.2 Normativa Legal de la Incapacidad Temporal en España.....**

1.2.1 Antecedentes de la Normativa legal.....

1.2.2 El Sistema de la Seguridad Social en España.....

1.2.3 La Incapacidad Temporal.....

1.2.3.1 Nacimiento del derecho al subsidio.....

1.2.4 El Control y el Seguimiento de la Incapacidad Temporal.....

**CAPÍTULO 2. El Régimen Jurídico del Absentismo como causa de despido.**

**2.1 Fundamentos de la Extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador.**

2.1.1 Las faltas de asistencia al trabajo a los efectos del artículo 52.d) ET

**2.2 El despido disciplinario por faltas de asistencia o puntualidad al trabajo.**

**CAPÍTULO 3. La Buena Fe Contractual.**

**3.1 La Buena fe como Principio General del Derecho.**

**3.2 La Buena fe en el Contrato de Trabajo.**

**3.3 La Buena fe contractual y abuso de confianza en relación a las situaciones de IT.**

## **CAPÍTULO 4. De los Pronunciamientos de la Doctrina Judicial**

**4.1 Sentencia del TSJ Asturias 1333/2013, de 14 junio en la cual se resuelve sobre un caso de despido por transgresión de la buena fe contractual.**

**4.2 .-Sentencia del TSJ de la Rioja 133/2014, de 19 de septiembre en la cual, se resuelve sobre un caso de despido por transgresión de la buena fe contractual.**

**4.3 .-Sentencia del TSJ de Canarias 1058/2015, de 6 de julio en la cual se resuelve sobre un caso de despido por transgresión de la buena fe contractual.**

## **CAPÍTULO 5. Conclusiones Finales.**

### **PROPUESTAS**

### **Bibliografía.**

# INTRODUCCIÓN

En un mundo actual, cada vez más globalizado, la sociedad se encuentra a su vez en una dinámica de evolución constante. Así pues, las empresas, como parte importante y de referencia también de la sociedad, han ido evolucionando, adaptándose para poder ofrecer las demandas, necesidades e incluso exigencias de una sociedad consumidora de bienes y servicios. Una sociedad con unas altas tasas de paro, que produce entre otras consecuencias un menor nivel de ingresos en las economías familiares, con la consiguiente desestabilización de la unidad familiar, precariedad laboral y aumento de la economía sumergida, desmotivación para la educación. Así como la pérdida de derechos sociales por cuanto disminuye la recaudación de la Administración Pública, y con ellos poder sostener el estado de bienestar deseado.

Así por ello, quiero abordar en el presente trabajo un fenómeno también social, ligado de forma inseparable al ámbito laboral, como es el absentismo laboral. Con el mismo quiero poner de manifiesto que para nada es un problema menor de las empresas, sino todo lo contrario, el absentismo laboral es una de las mayores preocupaciones de las mismas.

Por consiguiente, dada la importancia que considero y consecuencias que sobre las empresas y trabajadores pueden ocasionar estimo adecuado desmenuzar en la medida de lo posible las raíces de nuestro Sistema Sanitario y de Prestaciones. Cuál es la legislación que lo ampara y cómo emana de nuestra carta Magna, la Constitución Española, desde la cual se promueve garantizar la seguridad y Salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

De igual forma, deseo señalar la normativa relacionada con la transgresión de la buena fe contractual como causa de extinción del contrato de trabajo y en concreto relacionada con las situaciones de incapacidad laboral. Por consiguiente, en el presente trabajo, realizo un estudio de diferentes doctrinas jurisprudenciales emitidas en los últimos años por los diferentes Tribunales de Justicia, con la intención de aportar las características comunes que reúnen los supuestos de vulneración, por parte de los trabajadores, del deber de buena fe que rige el vínculo laboral.

En resumen, espero que puedan encontrar en el presente trabajo, la información necesaria para poder alcanzar el objetivo propuesto de poner en valor una problemática relevante que afecta a la sociedad actual, como es el absentismo laboral, incluyéndose la normativa respecto al mismo, así como, de forma más detallada, la relación entre absentismo y la buena fe contractual.



## ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL ABSENTISMO LABORAL

El absentismo laboral es un fenómeno característico y no del todo evitable en el ámbito laboral, el cual, además, se produce en todos los ámbitos de las empresas u organizaciones con indiferencia de su tamaño, grandes o pequeñas, su titularidad, públicas o privadas, e incluso por su ámbito geográfico, urbano o rural.

Así por ello, en la actualidad las empresas han dejado de considerar únicamente los problemas de producción y costes laborales con el convencimiento de que cada vez más, nos encontramos en un mundo globalizado, en el cual los mercados y escenarios en los que pueden operar las organizaciones son más diversos en una economía de libre mercado y una sociedad, donde los valores sociales van cambiando, evolucionando marcados por un sistema capitalista que incentiva el consumo.

Así pues, pese a que ha quedado un poco oculto tras palabras como Liderazgo, Gestión del talento u otras que representan conceptos que suponen grandes retos en la gestión de los RRHH, el absentismo laboral es una de las mayores preocupaciones para las empresas, no tan sólo por el hecho de la pérdida de horas de trabajo, como también, por la dificultad de efectuar un diagnóstico de sus causas, medir su incidencia y elaborar y llevar a la práctica acciones para reducirlo. El absentismo laboral origina una serie de problemas en los diferentes ámbitos: humano, social, económico, además de, por otra parte, de carácter organizativo para las empresas. Es innegable que en el actual marco social y económico, donde las plantillas de trabajadores son cada vez más ajustadas, el absentismo laboral es uno de los temas más delicados y controvertidos al que se tienen que enfrentar los responsables de Recursos Humanos y Directivos de las empresas, dado que no sólo supone un coste económico, sino que además ocasiona que el sistema productivo de las empresas sea más vulnerable debido a las ausencias de los trabajadores que ponen en cuestión el funcionamiento de las unidades de producción, ante la imposibilidad en ocasiones de sustituir de forma adecuada las ausencias en tiempo.

Así pues, como refiere Juan Rosell,<sup>1</sup> “El absentismo laboral genera un coste

---

<sup>1</sup> Juan Rosell Lastrortas, Prólogo “Absentismo e Incapacidad laboral” pág. 20

directo para las empresas que lo sufren, íntimamente relacionado con los pagos que hacen a los trabajadores.” Pero, *“además existe un coste indirecto asociado, básicamente, a dos hechos. En primer lugar, relacionado con la necesidad de sustituir a los trabajadores ausentes, circunstancia que puede implicar varios tipos de costes añadidos (búsqueda, contratación, formación, etc.). Y, de otra parte, asociado a la pérdida de eficacia y de productividad que experimenta la empresa como consecuencia del absentismo de trabajadores activos.”*

En cuanto al orden social y humano se refiere, la repercusión que el absentismo causa en el ambiente laboral con conceptos como la percepción de equidad interna entre los diferentes trabajadores, que considero juega un papel de significativa relevancia.

De igual forma, en el presente trabajo deseo reseñar y en relación al absentismo laboral, la figura de la transgresión de la buena fe contractual, que aparece catalogada en el artículo 54.2.d) ET como un incumplimiento contractual que posibilita al empresario para extinguir unilateralmente el contrato del trabajador que ha actuado de forma grave y culpable. En lo relativo a la trasgresión de la buena fe, en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, se mantiene la obligación de la buena fe contractual entre ambas partes, debiéndose respetar la lealtad y fidelidad. En este sentido, “la realización de actividades lúdicas o profesionales durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal pueden constituir un hecho de transgresión de la buena fe contractual por deslealtad o fraude respecto del empleador, que respetando la situación de merma de salud de su empleado, observa cómo éste se dedica a otras actividades incompatibles con la baja médica”. (Sarazá, La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines, cit.,p,84).

La importancia del fenómeno del absentismo laboral se pone de manifiesto, por ejemplo, en el V Informe Adecco sobre el Absentismo. En el mismo se indica que durante el año 2015 ha supuesto unos costes directos de 5.132 millones de euros a la Seguridad Social por prestaciones económicas y de 3.857 millones de euros a las empresas por el abono de la prestación económica en los primeros días de la IT. Si bien, como he indicado con anterioridad, se producen otros costes indirectos, quizás igual o más significativos que estos costes directos.

Lo que considero relevante y preocupante es que un fenómeno tan perjudicial para las empresas y por qué no, también contraproducente para la sociedad, se perciba con resignación, con la percepción de que poco se puede hacer para resolver este problema al cual nos hemos acostumbrado. Pero, de igual forma, considero también que hay actuaciones que, aunque no son fáciles pueden repercutir positivamente para paliar el absentismo laboral.

## **CAPÍTULO 1. EL ABSENTISMO Y SU REGULACIÓN POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

### **1.1 Los Aspectos Conceptuales del Absentismo Laboral.**

Como se ha indicado anteriormente, el absentismo laboral es uno de los problemas de mayor complejidad que han afrontar los Directivos y gestores de RRHH de las empresas en la actualidad, si bien no es un problema sólo del área de RRHH. Un fenómeno que está influenciado por diferentes factores interrelacionados entre sí, el cual, además, causa un elevado coste tanto a las empresas u organizaciones como a los individuos o trabajadores.

Así pues, esto requiere de los equipos de dirección a una permanente revisión y búsqueda de las estrategias organizativas más adecuadas, ya que la competitividad es cada vez mayor, a causa de la progresiva liberalización de la economía y de los mercados.

Pero bajo estas poderosas fuerzas de naturaleza económica, existen también otras realidades de naturaleza psicosocial, no menos importantes, que hacen que la cultura interna de cada organización, su estilo de funcionamiento, su estructura y la historia del medio organizacional donde se inserta, se convierten en claves condicionantes y explicativas de la forma concreta de operar que tiene cada organización.

Así por ello, el absentismo laboral aparece como una de las materias claves junto a la flexibilidad interna y la negociación colectiva que se han abordado en la última reforma laboral en España, La Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

#### **1.1.1 La definición del Absentismo Laboral.**

Así pues, en primer lugar, ¿Qué se entiende por Absentismo?

No está del todo consensuada una definición de absentismo laboral, ya que, son varias las interpretaciones que se realizan del fenómeno y porque existen diferentes formas de medir el absentismo laboral.

Desde el punto de vista semántico, el Diccionario de la Real Academia de la

Lengua Española en su 23ª edición define el **Absentismo**<sup>2</sup> como:

La abstención deliberada de acudir al lugar donde se cumple una obligación.

El abandono habitual del desempeño de funciones y deberes propios de un cargo.

Por consiguiente, si consideramos literalmente la primera definición común o general refiere a un comportamiento “deliberado” por lo cual excluye aquellas ausencias causadas de forma involuntaria como las posibles enfermedades o de personas impedidas desde un punto de vista físico en contra de su voluntad de asistir a su puesto de trabajo.

Por otra parte, la segunda acepción del término, refiere “habitual” aquí considerado como acción continuada, repetitiva.

Conforme a la explicación ofrecida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua, el término “absentismo” proviene del inglés “absenteeism”. Ambos términos lingüísticos tienen la misma raíz latina que deriva de “absentis”, cuyo significado es “ausente” y al igual que en la lengua castellana la ausencia al trabajo se denomina “absentismo laboral” o “labor absenteeism”

Así pues, la palabra absentismo, en sus inicios, se utiliza para señalar el fenómeno rural consistente en el abandono del cultivo de las tierras que se producía en las Islas Británicas. En concreto en el siglo XVII comenzó a denominarse absentistas a aquellos terratenientes, señores feudales de Irlanda que abandonaban sus tierras para asentarse en Inglaterra. Por otra parte, en la posterior Revolución Industrial del Siglo XVIII, en el Reino Unido con la inmigración masiva de las zonas rurales hacia las ciudades donde se encontraban las fábricas, el fenómeno “labor absenteeism” empezó a tomar cuerpo en el ámbito de las fábricas, surgiendo esta terminología que evoluciona de las características de aquellos terratenientes que abandonaban sus tierras, comenzando a definirse como un elemento negativo de las relaciones laborales, especialmente en la industria textil cuando al inicio de las jornadas laborales quedaban muchos telares parados por la inasistencia de los trabajadores. Reseñar que, por otro lado, en la misma época, existió una bebida denominada “absenta” que tras ser consumida en exceso por los trabajadores de las fábricas causaba también ausencia de los trabajadores debido a su alto contenido en alcohol.

En cuanto a la definición técnica o las denominaciones de absentismo laboral que han realizado las diferentes organizaciones o profesionales del término, no hay un consenso definitivo del mismo, si bien procedo a indicar algunos de ellos.

---

<sup>2</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es)

En el III Symposium Internacional sobre el Absentismo Industrial, celebrado en Sao Paulo (Brasil), de septiembre de 1972, se propuso que “la falta del trabajador a su trabajo, cuando se espera que asista al mismo y por cualquier razón no lo hace, se denominará así, bien sea médica o de otro tipo”<sup>3</sup>

Por otra parte en cuanto a organizaciones de regulación de las relaciones laborales, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), considera el ausentismo laboral como “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir quedando excluidos los periodos vacacionales y las huelgas y el ausentismo laboral de causa médica, como el período de baja laboral atribuible a una incapacidad del individuo, excepción hecha para la derivada del embarazo normal o prisión”.

Respecto a esta definición, algunas consideraciones. Al menos curioso resulta por la simplicidad y por las incisiones y exclusiones que hace en la misma. Por cuanto excluye de la consideración de absentismo las ausencias por el derecho reconocido al disfrute de descanso anual (vacaciones), dado que no se trata de trabajadores que “se pensaba que iban a asistir” como es lógico que no asistan dado su permiso retribuido. Por otro lado, queda excluido “el ausentismo laboral por causa médica, como el período de baja laboral atribuible a una incapacidad del individuo”. Así pues, ¿la incapacidad temporal del individuo es absentismo o no?

En España conforme refiere Miquel Porret Gelabert <sup>4</sup> las primeras referencias al término “absentismo laboral” se producen en 1952 en las publicaciones del Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo del X Congreso Internacional de Medicina en el Trabajo, que se celebró en Lisboa.

Una definición amplia de “absentismo laboral” es la que realizó en 1970, Dámaso Montes<sup>5</sup> en su tesis Doctoral: “*Se entiende por absentismo todas las ausencias al trabajo, por la causa que fuere, a excepción naturalmente, de las vacaciones legales, que ya no cuentan cómo horas de productividad. Es un factor negativo que encarece el precio del coste de los productos y que obra como si se hubiesen las horas de trabajo o como si se hubiese disminuido la mano de obra. Esta disminución de horas de trabajo, puede sobrevenir, debido a enfermedades, accidentes, simulaciones, motivos familiares,*

---

<sup>3</sup> “Las conclusiones del III Symposium Internacional sobre absentismo industrial”, Revista Medicina y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1973, nº 81, pp. 61-64

<sup>4</sup> Miquel Porret Gelabert “El absentismo laboral en la empresa privada española”, Universidad de Barcelona, pp. 4

<sup>5</sup> Montes Cid, Dámaso (1970): Aspectos médicos del absentismo laboral, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, Facultad de Medicina/Biblioteca del Hospital Clínico.

*políticos-sociales, retrasos etc.*” En esta definición, se pretende resaltar las consecuencias económicas y organizativas que el absentismo laboral produce.

La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo en su publicación “La prevención del absentismo en el lugar de trabajo” define el absentismo como *“la incapacidad temporal, prolongada o permanente para trabajar como resultado de una enfermedad o dolencia”*. Es obvio, que esta definición resalta sólo aquellas ausencias motivadas por una IT.

Así pues, después de estas referencias, y considerando que existen diferentes puntos de vista en cuanto al concepto de absentismo laboral, con la controversia entre quienes consideran que se deben incluir la totalidad de ausencias “faltar al trabajo” sin especificar las causas y aquellos que consideran que se considerará la ausencia cuando la misma no estaba prevista desde un punto de vista legal según términos del contrato de trabajo. Se tiende a considerar desde el ámbito de los RRHH el “absentismo laboral” como toda ausencia al trabajo del empleado por cuenta ajena al no cumplir con el calendario y horario derivado del convenio colectivo, pacto de empresa o individual. Por lo tanto, queda excluido el tiempo de descanso, fiestas, vacaciones y todo el tiempo que no se encuentre previsto en el calendario laboral que afecte a cada trabajador.

Cada organización entenderá al absentismo de forma distinta y se situará en cualquiera de las opciones planteadas o incluso con otro enfoque en función de sus intereses, valores o fenómenos distintos que pueda considerar, condicionando este hecho sus posibles políticas en el ámbito del absentismo laboral.

En los últimos tiempos, ha ido cogiendo fuerza y es cada vez más considerado un nuevo fenómeno relacionado con el absentismo como es **“el presentismo laboral”**. El presentismo no es un fenómeno nuevo y consiste, en el coloquialmente, llamado escaqueo que conlleva realizar durante la jornada laboral actividades como leer el periódico, tomar cafés, charlas o llamadas telefónicas sin conexión alguna con la actividad laboral. Estas actividades ya existían con anterioridad, si bien ahora en la actualidad se camuflan con mayor facilidad gracias a las nuevas tecnologías como teléfonos móviles, equipos informáticos con acceso a internet etc.

El presentismo, al igual que absentismo, tiene una relevante repercusión en la productividad de la organización además de en la motivación del resto de trabajadores de la empresas, siendo por otra parte más difícil de calcular los costos que produce.

Reseñar que, este fenómeno, según la primera encuesta realizada durante el año

2014 por Adecco y presentada en su III informe sobre absentismo laboral, el 50% de las empresas encuestadas indicaron detectar prácticas de presentismo entre sus empleados, al igual que el 28% de las empresas manifiesta que no tiene un control sobre referida práctica.

### **1.1.2 Clasificación del Absentismo Laboral.**

Una vez realizada una aproximación a lo que consideramos absentismo, se puede efectuar una clasificación sin ánimo de que sea la única ni que por otra parte sea exhaustiva para describir las más frecuentes por cuanto se ha de organizar la clasificación de los diferentes tipos de ausencias, dado que ello repercutirá para la medición que podamos realizar del absentismo.

Por consiguiente, hay diferentes tipos de absentismos en función de su causa: ausencias por incapacidad temporal (IT), por maternidad, paternidad, por conflictividad laboral, por representación sindical, por formación, por permisos remunerados o por otros motivos que pueden ser justificados o no justificados. De igual forma, el absentismo puede ser previsto o planificado, o no, considerando el tipo de ausencia como por ejemplo pueda ser una IT o, por otra parte, una inasistencia por un permiso retribuido. Al igual que voluntario o involuntario por parte del trabajador.

Una clasificación simple y atendiendo a lo que puede ser la esencia de un contrato de trabajo, consistente en la prestación de un servicio u obra a cambio de un salario dentro de una jornada laboral, es la considerada en el estudio “Combatir el absentismo” realizada por IESE Business School de la Universidad de Navarra, donde se considera el absentismo como *“el incumplimiento por parte del trabajador de su obligación de acudir al trabajo y cumplir las tareas encomendadas y que son el objeto del contrato laboral”*

Considerando tres tipos básicos de absentismo:

- Absentismo previsible y justificado: la empresa está informada previamente de la ausencia
- Absentismo no previsible y sin justificación: abandono del puesto de trabajo sin autorización de la empresa
- Absentismo presencial: forma de absentismo en la que el empleado acude al lugar de

trabajo pero dedica parte del tiempo a tareas que no son propias de su actividad laboral o bien no emplea todas sus capacidades en el desempeño de la misma. Absentismo que denominaremos presentismo.

Así pues, y por todo lo expuesto, si bien orientada a los costes tanto directos como indirectos que produce el absentismo laboral, he de definirlo como aquella ausencia al trabajo cuando la misma no estaba prevista desde un punto de vista legal según términos del contrato de trabajo, es decir, como situaciones de IT, ausencias injustificadas, etc.. Excluyendo el tiempo de descanso, fiestas, vacaciones, por cuanto, estas ausencia son contempladas y generalmente previstas y además contempladas en los costes laborales de la empresas.

## **1.2 NORMATIVA LEGAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN ESPAÑA.**

### **1.2.1 ANTECEDENTES DE LA NORMATIVA LEGAL.**

En el presente apartado, pretendo realizar un breve repaso de la normativa actual en España en relación con la Incapacidad laboral, que considero es el concepto legal más cercano al de absentismo. Es frecuente que se relacione, e incluso asimile, el concepto de absentismo laboral con el de incapacidad laboral.

Son varias las regulaciones que hacen referencia a la protección de los trabajadores, derechos, obligaciones, etc. que tienen una relación con el absentismo laboral. Normativa que parte desde la Constitución Española, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Prevención de Riesgos laborales y sus respectivos desarrollos reglamentarios, así como los propios convenios colectivos.

El actual sistema sanitario y de prestaciones es, sin duda, fruto del esfuerzo de muchas generaciones. Así pues, los principios históricos se producen por medio de las cofradías. Cofradías que son herederas de un gran espíritu fraternal que se inspiraba en las Asociaciones de trabajadores del antiguo imperio romano, produciéndose su aparición en España en el Siglo XII. A mediados del siglo XVIII surgen los Montepíos como órganos de previsión, que se crean para reemplazar a las Cofradías Gremiales, si bien, no teniendo el fondo religioso o confesional. Sus prioridades, en cuanto a la atención se refiere, fue atender los problemas derivados de la supervivencia, vejez e invalidez. Por consiguiente, se percibían unas cuotas periódicas, que habilitaba el derecho de una pensión vitalicia para las viudas y huérfanos dentro de unas condiciones.

En el siglo XIX, España vive hechos de gran relevancia, que ponen al borde de la desaparición a numerosas instituciones, sistemas políticos e ideológicas. Así pues, en



1813 por Decreto de Las Cortes de Cádiz se produce la disolución de los gremios afectando a las Cofradías y Hermandades.

Tras una época de vacíos en materia de protección, con el auge de un amplio desarrollo industrial, alrededor del año 1852 se producen nuevas fórmulas de previsión. En 1873 y en concreto el 24 de julio, se produce la promulgación de la Ley Benot, sobre el trabajo de los niños.

Avanzando en el tiempo y en un contexto más cercano y actual con la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de Diciembre de 1963, se suprimen los esquemas clásicos de previsión y seguros sociales, y se instrumenta el desarrollo del sistema de S.S. La Seguridad Social se propone proteger al individuo. Con la referida ley de 28 de Diciembre se dará cobertura a los accidentes de trabajo en el sistema público, hasta el momento obligatoria pero con una gestión totalmente privada.

Posteriormente con el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se modifican y amplían las prestaciones de asistencia sanitaria de la S.S. Con la instauración de la democracia en España las prestaciones de asistencia sanitaria toman un nuevo enfoque.

Por consiguiente, con la llegada de la nueva democracia y nuevos aires sociales, se produce la aprobación de la actual Constitución Española, en la cual, se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud.

El 14 de abril de 1986, por medio de la Ley General de Sanidad, se crea el sistema Nacional de Salud como servicio sanitario público que debe prestar el Estado.

### **1.2.2 EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.**

El Sistema de Seguridad Social en España ya emana de nuestra propia carta Magna, la Constitución Española, desde la cual se promueve garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo. El deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos profesionales, junto al derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Así por ello, en cuanto al absentismo se refiere destaco los siguientes preceptos de CE.

Artículo 35.1

*Todos los españoles tiene el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*

*2. La Ley regulará un estatuto de los trabajadores.*

Por otra parte, el art. 41 CE

*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes antes situaciones de necesidad, especialmente en el caso de empleo.*

De igual forma en el art. 43.1 CE

Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

*2. Compete a los poderes públicos 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”*

*3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.*

Dentro de las Normas fundamentales que regulan las relaciones laborales disponemos del actual Real decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del **Estatuto de los Trabajadores**. Es en éste donde, entre otras, se produce una legislación respecto del absentismo laboral.

Así por ejemplo, en su art. 20.4

*El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. 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.*

Art. 34

*La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.*

Art. 37.1

*Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, se comprenderá la tarde del sábado o en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo.*

- 2 *El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:*
- a) *Quince días naturales en caso de matrimonio*
  - b) *Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.*
  - c) *Un día por traslado del domicilio habitual.*
  - d) *Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo.*
  - e) *Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.*
  - f) *Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.*
  - g) *Doce días consecutivos por permiso de paternidad (Ley de igualdad efectiva entre hombres y mujeres).*

En definitiva, el Estatuto de los trabajadores estipula una serie de permisos retribuidos que, por otra parte, pueden ser ampliados mediante mejoras de convenios colectivos o contratos individuales.

De igual forma, en el artículo 45 ET se regula las causas y efectos de la suspensión del contrato de trabajo. Entre otras:

- a) *Mutuo acuerdo entre las partes.*
- b) *Las consignadas válidamente en el contrato.*
- c) *Incapacidad temporal de los trabajadores.*
- d) *Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen...*
- e) *Cumplimiento de servicio militar o la prestación social sustitutoria.*
- f) *Ejercicio de cargo público representativo.*

- g) *Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.*
  - h) *Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.*
  - i) *Fuerza mayor temporal.*
  - j) *Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.*
  - k) *Excedencia forzosa.*
  - l) *Por el ejercicio del derecho de huelga.*
  - m) *Cierre legal de la empresa.*
  - n) *Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.*
2. *La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.*

En el artículo 48 ET se considera y en lo referente a la suspensión del contrato de trabajo que:

*1. Al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 45 excepto en los señalados en los párrafos a) y b) del mismo apartado y artículo, en lo que se estará a lo pactado.*

En cuanto al tema que tratamos en el presente trabajo considero de relevancia el art. 52 ET por cuanto señala de forma explícita la causa de extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia al mismo.

Art. 52

El contrato podrá extinguirse:

*d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles, o el 25 por 100 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 actividad de representación legal de los trabajadores, accidentes 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 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.*

Por otra parte, en cuanto a las consecuencias que conlleva al trabajador la extinción de su contrato de trabajo por las causas reflejadas en el art. 52 ET, éstas vienen reseñadas en el art. 53 ET, en el cual, en síntesis, se indica que dispondrá de una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores un año y con un máximo de doce mensualidades. De igual, forma se señala un determinado plazo de preaviso de quince días. Además del derecho a la indemnización correspondiente el trabajador dispondrá de la consideración legal de desempleo por causa a él no imputable.

En el art. 54 se dispone de los motivos para el despido disciplinario así como en el art. 64 ET se dispone que el comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente entre otras cuestiones de las estadísticas sobre el *“índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad”*

Como se ha referido con anterioridad, la Constitución Española, y por medio de su art. 41, establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos, de manera que asegure la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad. Así pues, a través del Sistema de Seguridad Social, el Estado garantiza a las personas que por razón de sus actividades están comprendidas en su campo de aplicación, y a los familiares o asimilados que estén a su cargo, la protección adecuada en las contingencias y situaciones que, por enfermedad o accidente o carencia de empleo, precisen de una asistencia sanitaria o de unas prestaciones económicas sustitutivas de las rentas dejadas de percibir.

Este mandato constitucional se desarrolla entre otras normas por medio de la reciente modificada Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En la referida Ley, se definen entre otros los conceptos de accidentes de trabajo así como otras contingencias, incapacidades, alcance de las prestaciones y subsidios, sus beneficiarios, extinciones, el régimen de las Mutuas y su intervención en todo el sistema de la Seguridad Social.

No obstante, se debe tener en cuenta lo que indican otras determinadas normativas, como pueden ser la Ley de Prevención de Riesgos laborales, que trata de proteger al

trabajador frente a los riesgos de los puestos de trabajo en todas sus vertientes, tanto de seguridad ante el accidente, como de higiene industrial protegiendo de enfermedades profesionales, debido a agentes físicos, químicos o biológicos, como de ergonomía y psicología que trata de proteger de los trastornos físicos de esfuerzos, movimientos repetitivos o posturales, como trastornos mentales por desequilibrios entre capacidades y sollicitaciones. Por lo cual, se establecen unas obligaciones no sólo para los empresarios sino también para los trabajadores.

La Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, “nueva regulación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con el objetivo de modernizar el funcionamiento y gestión de estas entidades privadas, reforzando los niveles de transparencia y eficiencia, y contribuyendo en mayor medida a la lucha contra el absentismo laboral injustificado y a la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social”<sup>6</sup>.

### **1.2.3 LA INCAPACIDAD LABORAL.**

Durante la situación de incapacidad temporal (IT), los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de la S.S. tienen cubierto el riesgo de estar temporalmente imposibilitados para el trabajo. Durante dicha situación se produce la suspensión de la relación laboral, por lo que cesan las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, no obstante se mantiene otras obligaciones como las de cotizar el pago del subsidio y su correspondiente retención a cuenta del IRPF, correspondientes a la parte empresarial, además de, por otro lado, la reserva del puesto de trabajo así como el cómputo a efectos de antigüedad del tiempo permanecido en situación de IT (TSJ Madrid 27-1-97)

Por otra parte, la situación de IT origina dos tipos de prestaciones, la asistencia sanitaria y el subsidio económico cuya finalidad es paliar los efectos de la ausencia de salarios dada la imposibilidad de prestar el trabajo.

En el capítulo V del título II del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) se estipulan las consideraciones respecto de la situación de IT sin que como refiere Blasco Lahoz, “*la norma explicita un concepto genérico que dé sentido pleno y totalizador a su contenido, sino que enumera las situaciones determinantes de IT*”<sup>7</sup>

Así pues, se produce la situación de IT cuando el trabajador se encuentra impedido temporalmente para el trabajo y necesita asistencia médica, resaltando que

---

<sup>6</sup> BOE nº 314, de 29 de diciembre de 2014 pág. 105960

<sup>7</sup> José Francisco Blasco Lahoz “Prestaciones de la Seguridad Social” ULPGC pág.22

no basta sólo con este segundo hecho de necesidad de asistencia, sino que el padecimiento impida la actividad profesional (TSJC Canarias 22-7-97); (TSJ Asturias 25-04-03). Por consiguiente han de concurrir simultáneamente tres elementos, enfermedad o accidente, percepción de asistencia médica e impedimento para el desarrollo de la actividad profesional.

La IT puede ser originada por las diferentes causas y conforme al art. 169 TRLGSS

- a) “Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.
- b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.”

Así por ello, conforme a lo indicado en el art. 169 TRLGSS las causas pueden debidas a:

Enfermedad común o profesional

Accidente de trabajo o accidente no laboral.

Los períodos de observación por enfermedad profesional cuando sean necesarios para el estudio y diagnóstico de la enfermedad, en las que se precise la baja del trabajador.

El contenido de la acción protectora consiste en la percepción por el trabajador de una prestación o subsidio por IT, con la finalidad de proporcionarles unos ingresos económicos durante el período de tiempo que permanece de baja médica por encontrarse incapacitado para trabajar. Si bien son requisitos necesarios para el acceso a la prestación económica, siempre que sea consecuencia de enfermedad común, que el trabajador acredite un período de cotización previa de 180 días cotizados dentro de los cinco últimos años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (art. 173 a LGSS) si bien, en el caso de que la situación de IT sea causa de accidente, sea de trabajo o no, o de enfermedad profesional, no será necesario acreditar periodo de carencia alguno (art. 169 b LGSS).

Por otra parte, las situaciones asimiladas al alta en la S.S., en el momento de generarse la protección de IT son las siguientes:

.-Percepción de prestaciones de desempleo total de nivel contributivo.

.-Trabajadores en situación de excedencia forzosa.

.-Trabajadores trasladados por sus empresas fuera del territorio nacional.

.-Convenio especial de Diputados, senadores y gobernantes y parlamentarios de Comunidades Autónomas.

.-Periodos de vacaciones correspondientes anuales en el caso de extinción del contrato de trabajo, cuando no hayan sido disfrutadas con anterioridad al cese, dado que referido disfrute a ser anterior a la prestación por desempleo.

De igual forma conforme el mismo art 166 LGSS, los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General de la S.S. se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones.

Y además, durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social.

### **1.2.3.1 Nacimiento del Derecho al Subsidio.**

El nacimiento del derecho se produce art. 2 Real Decreto 625/2014, de 18 de julio por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por IT en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. “ La emisión del parte médico de baja es el acto que origina la iniciación de las actuaciones contundentes al reconocimiento del derecho al subsidio por IT.”

#### **Derecho al subsidio según la causa que lo motiva**

<b>Contingencias profesionales</b>	<b>Contingencias comunes</b>
Desde el día siguiente al de la baja	Tres primeros días no se abonan salvo convenio colectivo o acuerdo. Del cuarto al 15º día a cargo del empresario. A partir del 16ª día el empresario abona el subsidio pero a cargo de la entidad gestora (INSS, ISM o Mutua)

El nacimiento de la prestación económica correspondiente la situación de IT, no está condicionada a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectiva de modo directo y automático, una vez presentados los correspondientes partes de baja y de confirmación.

La prestación económica por IT , se abonará mientras dure referida situación, con las condiciones requeridas al respecto con un plazo de duración contabilizado desde el primer día de incapacidad de:



	<b>Plazo máximo</b>	<b>Prórroga</b>
Contingencias comunes o profesionales	365 días	180 días
Período de Observación	6 meses	6 meses

Para el cómputo de la duración máxima de la IT, dentro de un proceso de la misma naturaleza, se computan los periodos de recaída. Si bien, para que se considere la existencia de recaída, la situación de IT ha de verse interrumpida por periodos de actividad inferiores a 180 días, por cuanto, si no, se estaría ante un nuevo proceso de IT (TSJ 14-05-07). Así pues, se está ante un proceso de recaída cuando la interrupción de la IT por actividad laboral sea inferior a 180 días, y se trata de la misma o similar enfermedad, por lo cual las dos bajas se acumulan y dan lugar a un único periodo de IT. Reseñar que en el concepto de actividad laboral se incluirá a quienes se encuentren se situación de desempleo de manera que si transcurren más de seis meses, no se considerará recaída del procesos anterior (TSJ Galicia 19-03-01).

#### **Cuantía del subsidio por IT**

El subsidio por IT se calcula aplicando a la denominada base reguladora un determinado porcentaje conforme a lo establecido en el art. 171 LGSS,

Contingencias comunes		Contingencias profesionales	
Días	Porcentaje	días	Porcentaje
Del 4º al 20º	60%	Desde el día siguiente al hecho causante	75%
A partir del 21º	75%		

Por convenio colectivo o acuerdo, puede complementarse el subsidio derivado de IT a cargo de las empresas hasta un determinado porcentaje de salario que el trabajador perciba en el caso de estar en situación de activo. Si bien a responsabilidad del pago de este complemento o mejora, es exigible únicamente al empleador, sin que exista responsabilidad subsidiaria de la mutua o del INSS (TSJ Castilla La Mancha 18-11-94; TSJ Galicia 19-09-00)

## **Denegación, suspensión y pérdida del subsidio de IT**

El derecho al subsidio por IT puede ser denegado, anulado o suspendido por diferentes motivos establecidos en el art. 175 LGSS

*1. El derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido:*

*a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación.*

La actuación fraudulenta no se puede presumir (TSJ Valladolid 6-10-10); se ha de comprobar que la contratación fue una ficción porque no existiera la prestación de servicio alguno, y que se produjo con la única finalidad de acceder a las prestaciones (TSJ Extremadura 2-02-10)

*c) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena.*

La cobertura de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes tiene para el colectivo de trabajadores por cuenta propia, salvo excepciones, carácter obligatorio, y se deberá formalizar con una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, que estará obligada a aceptar toda propuesta de adhesión que se le formule a tal efecto.

Los trabajadores autónomos (salvo los TRADE o los que desempeñen actividades en que la cobertura de las contingencias profesionales resulte obligatoria por su mayor riesgo de siniestralidad) que tengan cubierta la prestación por IT en otro régimen del sistema de la Seguridad Social en el que también se encuentren en alta podrán, en tanto se mantenga su situación de pluriactividad, acogerse voluntariamente a la cobertura de dicha prestación en el RETA así como, en su caso, renunciar a ella.

*2. También podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.*

En el presente supuesto, es necesario reseñar que el trabajador que pretenda negarse a seguir el tratamiento, y en particular si es de tipo penoso o quirúrgico, ha de formalizar ante la entidad gestora o mutua, acompañada de informes técnicos o documentos que apoyen su pretensión. La entidad gestora o mutua, previo informes facultativos correspondientes que considere precisos solicitar, adopta la decisión que estime. Si bien, ante tal decisión el beneficiario podrá recurrir ante el INGESA u organismo competente además de la jurisdicción social.

*3. La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos.*

### **Extinción del Derecho al subsidio**

Las causas de la extinción del derecho al subsidio son las estipuladas en el art. 174.1 LGSS.

*El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social; o por fallecimiento.*

Una vez concluida la situación de IT, por consiguiente finalizada la situación de suspensión del contrato de trabajo, el trabajador tiene el derecho y la obligación de reincorporarse a su puesto. La negativa a realizar esta acción una vez finalizada la enfermedad y dado el alta médica, es constitutiva de despido (TS 29-03-01), y si el trabajador no se presenta en su puesto de trabajo puede ser considerada como una dimisión por su parte.

Ahora bien, tras la emisión del alta médica, el interesado podrá manifestar su disconformidad con la resolución recaída en el plazo máximo de 4 días naturales y ante la inspección médica del servicio público de salud y debe comunicar a la empresa el inicio del procedimiento de disconformidad en el mismo día en que la presente o en el siguiente día hábil.

Posteriormente, el servicio público de salud puede **discrepar** del criterio de la entidad gestora, en cuyo caso propone, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión del INSS, especificando las razones y fundamentos de su discrepancia. Tras lo cual, la entidad gestora deberá pronunciarse dentro de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución tanto al interesado como a la Inspección médica manifestando:

.-Que reconsiderara el alta médica y reconoce al interesado la prórroga de su situación de IT a todos los efectos.

.-Que se reafirma en su decisión inicial, para lo cual aporta las pruebas complementarias que fundamenten la misma, prorrogándose la situación de IT sólo hasta la fecha de la última resolución

Por otra parte, el servicio público de salud puede **confirmar** la decisión del INSS, por lo cual adquiere plenos efectos.

O bien, **no pronunciarse** en el plazo de 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, por lo cual adquieren plenos efectos la mencionada alta médica.

### **Partes médicos de IT**

Tras determinadas reformas legales y en concreto normativa por la cual se regula determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por IT en los primeros 365 días de su duración se ha modificado con la finalidad de avanzar en una mejor gestión y coordinación de actuaciones entre las distintas entidades implicadas en la gestión de las IT. Así por ejemplo, las empresas, tiene la posibilidad de conocer unas estimaciones de duración de los procesos de IT que les puede permitir una planificación y gestión de los procesos de IT acaecidos entre sus trabajadores.

Así pues entre otras variaciones destaco las siguientes como los tipos de procesos de incapacidad temporal. En el art. 2.3 del Real Decreto 625/2014 de 18 de julio, se distinguen cuatro tipos de procesos de IT, según cuál sea su duración estimada:

a) Procesos de duración estimada muy corta: inferior a cinco días naturales. Para el presente supuesto el facultativo del servicio público de salud, o de la mutua, emitirá el parte de baja y el parte de alta en el mismo acto médico.

b) Procesos de duración estimada corta: de 5 a 30 días naturales, en este caso, el facultativo del servicio público de salud, o de la mutua, emitirá el parte de baja, consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá de más de 7 días naturales a la fecha de baja inicial. Después del primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sea necesario, no podrán emitirse con una diferencia de más de 14 días naturales entre sí.

c) Procesos de duración estimada media: de 31 a 60 días naturales. El facultativo del servicio público de salud, o de la mutua, emitirá el parte de baja, consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá de más de 7 días naturales a la fecha de baja inicial. Después del primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sea necesario, no podrán emitirse con una diferencia de más de 28 días naturales entre sí.

d) Procesos de duración estimada larga: de 61 a más días naturales. Por último, el facultativo del servicio público de salud, o de la mutua, emitirá el parte de baja, consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá de más de 14 días naturales a la fecha de baja inicial. Después del primer parte de confirmación, los sucesivos, cuando sea necesario, no podrán emitirse con

una diferencia de más de 35 días naturales entre sí.

En los procesos de IT de duración estimada superior a 30 días naturales, cuya gestión corresponda al SPS (Servicio Público de Salud), cualquiera que sea la contingencia de que deriven, el segundo parte de confirmación de la baja, irá acompañado de un informe médico complementario cumplimentado y actualizado por el facultativo que expida el parte de confirmación, en el cual se recogerán las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas en su caso realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado.

#### **1.2.4 El Control y el Seguimiento de la Incapacidad Temporal.**

Como se ha reseñado en el apartado inmediatamente anterior, para poder acceder a la asistencia sanitaria y a la declaración de IT, es necesario su prescripción por parte de los servicios médicos oficiales mediante los correspondientes partes médicos de baja, de confirmación y de alta conforme a lo estipulado en la normativa vigente reseñada con anterioridad.

El ET y en concreto en su art. 20 en sus apartados 3 y 4 hace referencia al poder de dirección y control que tienen las empresa respecto del personal laboral contratado por las mismas, reconociendo expresamente las siguientes:

*“El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste, para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario para dichas situaciones”*

Así pues, observamos que el artículo citado no indica o distingue entre el tipo o motivo de la situación de IT, ya sea producida por contingencias profesionales o comunes, ni siquiera si ha de ir acompañada de un correspondiente parte de baja. Pero como hemos indicado con anterioridad, para el nacimiento de la prestación de IT, se origina con el parte médico de baja emitido por los servicios médicos oficiales correspondientes.

Existen diferentes procedimientos para la verificación de la enfermedad o la

legitimidad de la baja, siendo los más frecuentes los realizados por personal médico contratado por las empresas (servicio médico de empresa), entidades gestoras o mutuas.

Por consiguiente, los médicos de las entidades gestoras o de las mutuas pueden llevar a cabo actos de comprobación de la IT, basándose en los datos de los partes médicos y en los derivados de sus reconocimientos. Cuando el trabajador sea llamado a reconocimiento médico ha de aportar el historial clínico del que dispusiera y, en todo caso, los servicios médicos tienen acceso a la documentación clínica necesaria para la finalidad de control de la situación de IT. La negativa infundada del trabajador a someterse a tales reconocimientos médicos da lugar a la expedición de la propuesta de alta, o en el caso, puede la Mutua extinguir la prestación.

Por otra parte, ante la disconformidad del empresario, éste no puede en ningún caso modificar diagnóstico alguno, si bien, puede solicitar su revisión ante la Inspección médica que le corresponda para que verifique si la baja y duración de la misma es la correcta.

La regulación sobre los reconocimientos médicos a los trabajadores para verificar su estado de salud, se encuentra regulada en Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, así como en la Orden ESS1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014. Por cuanto como indica Miguel Porret <sup>8</sup>*“la LGSS hace cierta referencia para mejorar el absentismo, pero nada más”*

## **CAPÍTULO 2. El Régimen Jurídico del absentismo como causa de despido.**

Como se ha indicado, el absentismo tanto por costes directos como indirectos, además de como factor de percepción de equidad entre los trabajadores, es una de las mayores preocupaciones de las empresas y organizaciones.

Así por ello, junto a las ausencias del trabajador por motivos justificados, la normativa laboral también contempla bajo el poder de dirección del empresario y como mecanismo de gestión del absentismo laboral, diferentes instrumentos jurídicos dirigidos a poner fin a la relación laboral que hasta el momento unía al trabajador con la empresa.

---

<sup>8</sup> Miguel Porret Gelabert. “El absentismo laboral en la empresa privada española” Universidad de Barcelona pág. 29

A tal fin, El Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Real Decreto Ley 10/2010), introduce una ampliación del abanico de supuestos de faltas asistencia al trabajo que no deben ser computadas como tales a los efectos de lo previsto en la letra d) del art. 52 ET. Así pues, el Real Decreto Ley 10/2010 en su disposición final tercera y bajo la rúbrica de “igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo” amplió las faltas de asistencias no computables que hasta ese momento comprendían las ausencias a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de 20 días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios de atención o servicios de salud, según proceda. Con ello, adapta el precepto a las causas suspensivas del contrato de trabajo incorporadas por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La tramitación parlamentaria del Real Decreto Ley 10/2010 que finalizó con la aprobación de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Ley 35/2010), en ella se indica de un modo significativo y establece que el contrato de trabajo podrá extinguirse “por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas<sup>9</sup> pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de 12 meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2.5% en los mismos períodos de tiempo”. Por consiguiente aquí se reduce el índice exigido de absentismo del total de la plantilla, para que opere la extinción del contrato de trabajo que pasa del 5% al 2.5%.

Pero, con posterioridad y con una nueva reforma laboral, Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral ( en adelante, Real Decreto Ley 3/2012), elimina el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo. Su tramitación parlamentaria ha dado lugar a la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

---

<sup>9</sup> Esta causa de despido fue recogida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el Real Decreto-Ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, cuyo art. 39.1d) reconocía la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por “faltas, aún justificadas, de asistencia al trabajo, cuando sean intermitentes, superen en un año el 30% de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzca incapacidad continua de larga duración”

## 2.1 Fundamentos de la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador.

Los fundamentos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador, están determinados principalmente en la actual Ley 3/2012 con esta normativa, conforme Josep Moreno Gené indica<sup>10</sup>, *“se persigue con esta causa de extinción contractual: en primer lugar: se ha considerado que la misma se encuentra dirigida eliminar o, en su caso, a reducir, el absentismo laboral, es decir a proporcionar un instrumento de autodefensa al empresario frente a las ausencias del trabajador al trabajo que aunque breves son reiteradas en el tiempo y carecen de una justificación real o con una justificación sobre la certeza de la cual se sospecha; y, en segundo lugar, se ha mantenido que con esta causa de extinción del contrato se pretende permitir al empresario que puede desprenderse de aquellos trabajadores afectados por una morbilidad o predisposición a la enfermedad excesiva hasta el punto de poner en peligro y atenuar el interés del empresario en la prestación laboral del trabajador, obligándole a asumir, además determinados perjuicios técnicos económicos y organizativos.”*

Pero, ¿Cuál es el fundamento de la misma?, ¿Cuál es la finalidad económica y social que se persiguió para la introducción de la causa de extinción del contrato de trabajo basada en las faltas de asistencia, aún justificadas pero intermitentes, del trabajador?

Así pues, volver a reseñar, como ya se ha indicado, que el concepto de extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador no es novedoso, por cuanto ya fue introducido en el Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo cuyo art. 39.1.d) reconocía la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por *“por faltas, aún justificadas, de asistencia al trabajo, cuando sean intermitentes, superen en un año el 30% de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración”* Posteriores reformas y en concreto la Ley 35/2010 y 3/2012, han ido introduciendo variaciones para la causas extintiva.

Hasta la reforma laboral introducida por la Ley 3/2012, era necesario no sólo tener en cuenta las faltas de asistencia al trabajo de un trabajador, sino además, tener en consideración los niveles globales de absentismo que soportaba la empresa.

---

<sup>10</sup> Josep Moreno Gené “El Régimen Jurídico del absentismo como causa de despido Objetivo” Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 16



En consecuencia, conforme también reseña Josep Moreno Gené *la eliminación de la exigencia de que el empresario sufra un determinado nivel de absentismo global para poder proceder a la extinción del contrato de trabajo llevada a cabo por la reforma laboral de 2012 incide necesariamente en la finalidad económico-social de esta causa de extinción del contrato, puesto que permite proceder a la extinción del contrato de trabajo en cuanto se constata la excesiva onerosidad o desaparición de la base del negocio como consecuencia de las faltas de asistencia al trabajo de un determinado trabajador sin necesidad de constatar al mismo tiempo los perjuicios que para el normal funcionamiento de la empresa y la productividad de la misma acarrea la concurrencia de un determinado nivel global de absentismo.*

Pues, como indica de igual forma Sirvent Hernández,<sup>11</sup> *“ ya no se trata de combatir el absentismo laboral ni de poner freno a la excesiva morbilidad en las empresas, sino que la nueva regulación va mucho más allá de todo ello. Y es que no puede sostenerse que las empresas tienen un problema de absentismo laboral o de excesiva morbilidad por el hecho de que un sólo trabajador falta al trabajo(...). Sin perjuicio de que la finalidad que tradicionalmente ha venido persiguiendo esta causa extintiva se considere legítima habida cuenta el desequilibrio organizativo y/o económico a que pueden dar lugar las ausencias del trabajador, el problema que plantea esta nueva regulación, es que no parece que exista causa suficiente que justifique el recurso de la extinción del contrato de trabajo (aún con derecho a percibir la indemnización correspondiente) (...). El régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo ha de partir de la ponderación de los intereses en conflicto, garantizando un recto equilibrio entre la ponderación de la estabilidad en el empleo y el poder empresarial de rescindir el contrato laboral”*

Si bien, es aceptable lo considerado por ambos autores, no es despreciable tampoco la influencia que en el ambiente laboral y percepción de equidad interna que pueda tener el hecho que ante una reiteración de ausencias de corta duración de un trabajador, aun cuando de uno solo se trate, por la percepción de que “no pasa nada” a menudo se produce un impacto en el resto de trabajadores ante las faltas de asistencia al trabajo.

---

<sup>11</sup> Sirvent Hernández, N.: “La nueva regulación del absentismo laboral...” cita pág. 9

### **2.1.2 Las Faltas de Asistencia al trabajo a los efectos del artículo 52.d) ET**

Entre las causas de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas contempladas en el art. 52 ET, se encuentra en su apartado d):

*“Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los dos meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles, o el 25 por 100 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 la 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.*

Por consiguiente, el enunciado del art. 52.d) ET recoge como presupuesto para la aplicación de la causa de extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia, pues lo indicado, las faltas de asistencia, pero no cualquiera, sino sólo aquellas que alcanzando una determinada entidad cumplan con unas premisas de a) que se traten de auténticas faltas de asistencia al trabajo, b) que se traten faltas de asistencia aún “justificadas”, c) que se traten de faltas de asistencias intermitentes.

Así por ello, en primer lugar en cuanto a la falta de asistencia al trabajo se ha de producir el hecho de una acumulación de faltas de asistencia necesariamente intermitentes, siendo irrelevante a estos efectos su justificación, la intermitencia de las bajas es imprescindible y no concurre cuando se trate de días consecutivos comprendidos en una única baja (TS unificación de doctrina 26-07-05). Pero además, referida ausencia del trabajador, se ha de prolongar durante toda la jornada laboral

que tiene pactada, aun cuando pueda haber algún pronunciamiento en contrario, los tribunales se han manifestado de forma expresa indicando que el art. 52.d) se refiere a faltas de asistencia y no de puntualidad, donde para este segundo supuesto ha de operar un posible despido disciplinario en consideración del art. 54 ET (STSJ de Madrid, de 20 de febrero de 2006). De igual forma que si el trabajador acude a su puesto de trabajo, pero éste se niega a desarrollar su prestación laboral.

El segundo lugar, y en lo referente a las faltas de asistencia, aún justificadas como señala el art 52.d) ET, hay dos líneas de opinión referente a si se han de computar en las referidas faltas de asistencia al puesto de trabajo aquellas que no son justificadas. Así pues, hay autores que se inclinan por considerar las faltas de asistencia injustificadas del trabajador, para el cómputo de jornadas de trabajo hábiles no prestadas, sin entrar aquí en la valoración de un posible despido disciplinario que autoriza al empresario ante un posible incumplimiento contractual. En este sentido, para apoyar esta postura, incide en la literal redacción del precepto, considerando que la expresión “las faltas de asistencia aun justificadas”, incluye cualquier tipo de ausencia, justificadas e injustificadas, pues en caso de no ser así, se hubiera limitado en la redacción del mismo, por ejemplo con “faltas de asistencia al trabajo justificadas”. Desde otra vertiente, la opiniones de aquellos que consideran que las ausencias injustificadas, no pueden sumarse a las ausencias justificadas para alcanzar los porcentajes necesarios que permitan la utilización de la causa de extinción del contrato de trabajo por medio del art. 52.d), pues estas ausencias injustificadas se integran en los previstos en el art. 54 ET.

En tercer lugar, el hecho de que se traten de faltas de asistencias intermitentes para que pueda operar la causa de extinción prevista en el art. 52.d).

La intermitencia de las faltas se erige como un requisito inexcusable para adoptar la extinción del contrato. Varias faltas de asistencia discontinuas, de modo que los períodos de inasistencia debe estar separados entre sí por otros períodos de asistencia al trabajo. Por consiguiente, no se cumplirá este requisito cuando nos encontremos ante una única y continuada baja, con independencia de cuál sea su duración. Este requerimiento, también se ha señalado en los tribunales, así por ejemplo (TS Unificación de doctrina 5 de octubre de 2005) donde se ha indicado en orden a no computar como faltas de asistencia determinados períodos de enfermedad, “cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos”

Así pues, queda indicado que al trabajador que se le pretende extinguir el contrato de trabajo por faltas de asistencia aun justificadas, han de ser necesariamente intermitentes. Pero además se ha de concurrir en unos índices *el 20 por 100 de las*

*jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los dos meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.*

Por consiguiente, se ha de producir la exigencia de que el número de faltas de asistencia del trabajador que va a ser despedido supere un determinado porcentaje vinculado tras la Ley 3/2012 únicamente al trabajador en cuestión, que pueden computarse de dos formas distintas:

.- faltas de asistencia que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencias en los doce meses anteriores alcance el 5%.

.- faltas de asistencia que alcancen el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos.

Como indican varios autores, la exigencia de que la inasistencia al trabajo deba prolongarse por un espacio de dos meses o de cuatro meses discontinuos, encuentra su fundamento en no endurecer en demasía esta forma de extinción del contrato de trabajo como sucedería si se refiriera únicamente a un mes concreto. De manera que se deben considerar los períodos integrados por esos 2 ó 4 meses para la aplicación del porcentaje, independientemente de lo que suceda en cada mes aislado, pues lo que cuenta son los períodos mencionados en su conjunto ( TS unif. Doctrina 5-10-05). De igual consideración jurisprudencia (TS unif. Doctrina 9-12-10) donde se señala que las bajas se computan por meses de fecha a fecha, desde la baja inicial y no por meses naturales completos, considerando que no se logra el objetivo de esta causa de despido objetivo (la lucha contra el absentismo) si se acepta el criterio de meses naturales en cuyo marco podrían no computarse determinadas faltas de asistencia que se producen en los finales de un mes y primeros del siguiente.

A título de ejemplo para el primer supuesto faltas de asistencia que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencias en los doce meses anteriores alcance el 5%. En cuanto a las jornadas hábiles laborales, podría verse satisfecho con tan sólo 9 días laborales, en un período de dos meses consecutivos ordinarios que pueden ser 42 días. Si bien, para evitar el excesivo rigor de este precepto, la Ley 3/2012 y tras la eliminación del absentismo global de la empresa, ha introducido una nueva exigencia para este supuesto, como que además del 20% de las jornadas hábiles en dos meses se produzca que en los doce meses anteriores se alcance un absentismo del 5% de este trabajador concreto. Con ello. Se acredita más claramente la inasistencia persistente del trabajador en cuestión con el consiguiente perjuicio que causa al empresario.

Reseñar que conforme han resuelto los Tribunales, para definir el número de jornadas hábiles de cada mes, se deberá tomar en cuenta el calendario laboral del trabajador y no el de la empresa o centro de trabajo, si éste fuere distinto descartando aquellos días que coincidan con festivos, disfrute de vacaciones, libranzas, etc., en las que el trabajador no preste servicio; (TSJ Valencia 8-04-2011; TSJ Andalucía, 19-09-2007)

A los efectos de cumplir con los requisitos exigidos se ha de tener en cuenta que se excluyen del cómputo las siguientes faltas de asistencia, bien porque se refieren a ejercicio legítimo de un derecho o bien porque derivan de situaciones especialmente protegidas:

a) Las debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma. Téngase presente que ausencias referidas a huelga legal, por lo cual ante las ausencias de huelgas declaradas ilegales, nos encontraríamos ante una ausencia injustificada de asistencia al trabajo, que habilitaría para proceder conforme al art. 52.d)

b) El tiempo destinado al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores. Como literalmente se indica, representación legal de los trabajadores entre los que cabría considerar los representantes sindicales, si bien, quedan excluidas aquellas actividades de representación ilegal, que podrían ser oportunamente sancionadas en virtud del poder disciplinario que el empresario ostenta.

c) Las debidas a accidentes de trabajo. Sorprende que en este precepto no se incluyan o reflejan de forma expresas aquellas ausencias también por enfermedades profesionales. Si bien, considero que deben ser equiparadas al accidente laboral por cuanto de la misma índole que el accidente son causadas por la prestación del trabajo que se desarrolla y por ello, la ausencia se origina con motivo de la actividad laboral.

d) Las debidas a la maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia y la paternidad. Si bien tras la Ley 35/2010 se ha procedido a incorporar entre las faltas de asistencia no computables a efectos del precepto que nos ocupa, las que derivan de la lactancia y la paternidad atendiendo a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Como en el punto anterior aun cuando no refiere literalmente las ausencias derivadas de adopción y acogimiento, también resultan excluidas del cómputo de faltas de asistencias justificativas de la extinción del contrato por causas objetivas previstas en el art. 52.d) ET.

e) Las licencias y vacaciones. En cuanto a estas ausencias, indicar que la

jurisprudencia, respecto a las licencias, ha determinado que deben incluirse tanto las retribuidas como aquellas que no sean remuneradas, siempre, claro está, que se encuentren justificadas y estén reconocidas por la empresa que les otorga, dígase por ejemplo licencias de empleo y sueldo.

f) Las ausencias debidas a 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. A este precepto, resulta irrelevante el origen patológico igual o diverso de las bajas (salvo como la misma norma indica, *las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*) de las bajas por enfermedad. No es posible excluir del cómputo, como período de baja por enfermedad común superior a 20 días, la suma de diferentes bajas por enfermedad debidas a la misma patología, pues falta en este caso el requisito fundamental de que ese período de baja sea de 21 o más días consecutivos (TS unif, doctrina 27-11-08)

g) las ausencias de las trabajadoras motivadas por su situación física o psicológica derivada de la violencia de género, acreditadas por los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda.

Finalmente, como ya he indicado sucintamente, la Ley ha incorporado una última ausencia no computable como falta de asistencia, en virtud de la cual, “tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”. Con ello, se pretende evitar la extinción del contrato de trabajo de aquellos trabajadores que estando enfermos de cáncer o alguna enfermedad grave y encontrándose sometidos a los tratamientos prescritos al efecto acumulen faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen los umbrales previstos en el art. 52.d) ET. Por lo cual, referidas ausencias no computarán como faltas de asistencia a los efectos de la extinción de contrato laboral. Si bien, queda abierta una importante incertidumbre ante la falta de concreción sobre el alcance del término “enfermedad grave”, lo cual, sin lugar a dudas resolverán los Tribunales correspondientes por medio de jurisprudencia. Si bien, en mi opinión, puede ser revelador, el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de las prestaciones económicas por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, dado que en el mismo se lista una serie de enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de la prestación.

Por todo lo expuesto, la causa de extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador recogidas en el art. 52.d)ET, no han dejado pocas dudas de

si realmente este mecanismo resulta eficaz para la lucha o paliación del absentismo laboral de las empresas que consideran este uno de sus principales problemas que afectan no sólo de forma directa a sus cuentas de resultados, sino de una forma de igual o mayor relevancia de forma indirecta, máxime cuando la gestión y control de absentismo por medio de las Instituciones correspondientes de Salud puede ser mejorable.

## **2.2 El despido disciplinario por faltas de asistencia o puntualidad al trabajo**

El poder disciplinario forma parte integrante de las prerrogativas de todo empleador para defender la disciplina de la empresa frente a incumplimientos contractuales del trabajador (TS 22-09-88). Es, por tanto, irrenunciable por constituir un elemento esencial del contrato de trabajo.

En consideración de lo que nos atiene en el presente trabajo, y conforme refiere Ana María Romero,<sup>12</sup> *“junto a las ausencias del trabajador en su puesto de trabajo por motivos justificados, la normativa laboral también contempla los efectos que se derivan para la relación de trabajo en aquellos casos en los cuales las ausencias del trabajador no se ajustan a los motivos que se consideran justificados, o simplemente, se producen sin que el trabajador alegue causa alguna para justificar el incumplimiento de su deber de prestación de servicios para el empresario”*.

*“Las ausencias injustificadas al trabajo suponen un incumplimiento de la posición de débito que el trabajador tiene, consistente en poner a disposición del empresario su fuerza de trabajo, durante el tiempo y bajo las condiciones acordadas en el contrato, por lo que dicha conducta exige una respuesta normativa”*

Como se ha indicado, el despido disciplinario se articula como un mecanismo de reacción frente a los incumplimientos del trabajador en el marco de la relación laboral, siendo “su principal fundamento el poder de dirección del empresario y, en consecuencia, en su capacidad disciplinaria conforme a las sanciones que puede llevarse a cabo frente a los incumplimientos contractuales del trabajador.”<sup>13</sup> Pero este poder disciplinario no es ilimitado, pues su naturaleza punitiva, puede afectar de forma considerable al trabajador. Motivo por el cual, el empresario debe respetar ciertos principios generales. Así pues, como indica el art. 54.1 Et, sólo puede utilizarse

---

<sup>12</sup> Ana María Romero Burillo “El poder disciplinario del empresario como mecanismo de gestión del absentismo laboral” Universidad de Lleida pago .2

<sup>13</sup> Juan Carlos Álvarez Cortés “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo” ULPGC pág,231

ante un incumplimiento que ha de ser grave y culpable, además de, por otra parte, respetar el principio de tipicidad de la falta y la sanción, por lo cual, en ningún caso es posible imponer sanciones distintas a las previstas en las disposiciones legales o en el Convenio Colectivo aplicable.

El ET recoge un listado tasado de causas por las cuales el empresario puede proceder a un despido disciplinario. Así por ello, y en concordancia del presente trabajo, señaló lo indicado en el art. 54.2 ET “Se considerarán incumplimientos contractuales:

a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.

Este motivo de despido disciplinario, no es nuevo, cuenta ya con una larga trayectoria normativa en nuestro ordenamiento jurídico, la cual se inicia en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (art.89, causa 6ª) para continuar posteriormente y sin variaciones en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (art. 77 a), después en el RD-Ley 17/1977, sobre Relación de Trabajo (art. 33 a) y, finalmente, en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, donde se ha mantenido pese a las diferentes reformas del mismo hasta la actualidad.

En cuanto al fundamento que justifica la inclusión de este tipo de conductas entre las causas de despido disciplinario existe acuerdo doctrinal en considerar que nos encontramos ante un comportamiento que impide el correcto desarrollo de la prestación de servicios a la que se compromete el trabajador, ya que como el trabajador no acude a su puesto de trabajo para la realización del mismo, se frustra el objeto del contrato.<sup>14</sup>

Faltas de asistencia y puntualidad, dos conductas o situaciones diferentes, que permitirán al empresario la adopción de una decisión extintiva de carácter unilateral por su parte. Donde el elemento común conforme refiere Poquet Catala, “*es el no cumplimiento de la prestación del servicio durante los tiempos convenidos por las partes contratantes como jornada de trabajo.*” Siendo la diferencia entre un supuesto y otro la duración de la misma, por cuanto en la falta de puntualidad se refiere a una ausencia que no comprende la jornada completa de trabajo, si bien, se puede producir al comienzo, durante o al término de la jornada de trabajo diaria, y por otra lado, la falta de asistencia al trabajo que comprende una o varias jornadas laborales completas.

Las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo, para que sean causas de

---

<sup>14</sup> Gómez Abelleira, F.J.: “Las causas disciplinarias del despido” en Sempere Navarro, A.V. y Martín Rivérez. R.: El despido ED. Thomson Aranzadi. Cizur Mayor (Navarra),2009, pág. 160



despido, han de ser repetidas e injustificadas, lo cual, pueda calificarse como un incumplimiento grave, conforme indica el art. 54.1 ET. Así por ello, han de ser estudiadas en su realidad de forma específica y singular en cada caso (TS 7-02-90; TSJ Andalucía 11-02-92) De igual forma, pronunciamiento, *“la alusión a la gravedad del incumplimiento ha de entenderse referida a la reiteración del comportamiento (una sucesión de actos de la misma entidad, expresivos de una conducta incompatible con la buena marcha del trabajo de la empresa”*, (STSJ. Canarias, 21-3-1995)

Dada la inconcreción o falta de determinación del número de ausencias o faltas de puntualidad del ET para que el hecho pueda ser considerado de la suficiente gravedad que permita la extinción del contrato de trabajo, han sido los actuales convenios colectivos los que han venido a realizar la función complementaria de regular de forma legal esta causa de despido, de manera que dichas normas pueden fijar el número mínimo de faltas con períodos concretos de cómputo que se requieran para calificar la ausencia del trabajador como un incumplimiento grave susceptible de sancionarse mediante el despido.<sup>15</sup> En este caso, ha sido pionero el Acuerdo de Cobertura de vacíos, alcanzado en el año 1997 entre las principales organizaciones sindicales (CCOO, UGT) y las representaciones empresariales (CEOE y CEPYME), en donde se prevé una propuesta para la regulación en los convenios colectivos de la asistencia y puntualidad en el trabajo.

Junto a la gravedad del incumplimiento cometido por el trabajador un segundo elemento en torno al cual gira la configuración de las causas de despido disciplinario es el de carácter culpable de la conducta cometida. De esta forma indicado en el art. 54.1 ET, incumplimiento que ha de ser grave y culpable.

Una vez más, a esta falta de concreción sobre el hecho culpable, ha venido la jurisprudencia a señalar el camino, vinculando la culpabilidad del incumplimiento a su falta de justificación. Así por ello, se entiende por faltas justificadas los hechos que son independientes de la voluntad del trabajador, de los cuales no es en forma alguna culpable, que le impidieron acudir al trabajo. Son injustificadas por el contrario aquéllas para las que no existe precepto legal reglamentario o circunstancia de indudable valor, moral o social, que disculpe la asistencia (TSJ Andalucía 22-12-95). Si bien, es habitual que los tribunales realicen un juicio de razonabilidad de cada caso concreto que valora la concurrencia de la gravedad, además de la culpabilidad en las ausencias y faltas de puntualidad del trabajador.

Tal como se acaba de indicar, las faltas de ausencias injustificadas y las faltas de

---

<sup>15</sup> A modo de ejemplo III Convenio Colectivo de S.E. Correos y Telégrafos.

puntualidad, pueden ser susceptibles de la extinción del contrato de trabajo dentro de las medidas disciplinarias y en concordancia con los requisitos exigidos. Si bien, el despido, no es el único mecanismo con el que cuenta el empresario para actuar frente a las ausencias y faltas de puntualidad de los trabajadores, por cuanto, el art. 58 ET reconoce el poder disciplinario del empresario e indica la necesaria determinación de las faltas y sanciones, la forma que han de adoptar éstas, las sanciones prohibidas y el sistema de revisión judicial sobre la actuación del empleador. Cabe indicar, que las ausencias y faltas de puntualidad son una infracción recurrente en la clasificación de faltas, de manera que resulta casi una excentricidad actualmente que un convenio colectivo no prevea como infracción este tipo de incumplimientos y que además, normalmente, se configure la graduación de las faltas leves, graves y muy graves. Condicionando la diferente graduación básicamente la reiteración y el margen temporal del incumplimiento.

Por otra parte, no dejar al margen que la imposición de sanciones deben sujetarse a un procedimiento específico que generalmente se pacta a través de la negociación colectiva respetando, en todo caso, las normas de derecho necesario. Siendo particularmente importante estas normas en el caso de los despidos disciplinario, dada importante repercusión en el trabajador.

### **CAPÍTULO 3. La Buena fe contractual.**

#### **3.1 La Buena fe como Principio General del Derecho.**

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado y, como señala Emilia Conde Marín,<sup>16</sup> *“la más moderna Doctrina española considera la buena fe como una verdadero principio general del Derecho, posición compartida por la jurisprudencia, lo que es de gran trascendencia a la hora de aplicar el concepto. No se trata de un principio cualquiera, para la jurisprudencia la buena fe es, uno de los principios cardinales, básicos, fundamentales, esenciales o informadores de nuestro Ordenamiento jurídico.”* se define como un modelo de conducta considerado socialmente honesto y adecuado de acuerdo con las convicciones éticas que rigen una determinada comunidad. Así por ello, aunque ha sufrido una evolución desde legislaciones anteriores, el principio de la buena fe ha de ser entendido hoy de acuerdo a nuestros actuales valores constitucionales, vértice de nuestro ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, la buena fe es un principio general que abarca todo el

---

<sup>16</sup> CONDE MARÍN, E. “La buena fe en el contrato de trabajo. La Ley 2007 pág. 40

ordenamiento jurídico. Con carácter general este principio está recogido en el Título Preliminar, del art. 7.1 CC que dispone que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. De igual forma, también se hace alusión a la buena fe, en el art. 1258 CC *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento pactado, sino también a todas las consecuencias que, según naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”* por otra parte, en el art. 11.1 LOPG en el cual, se señala que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe.

Así pues, la buena fe, parece un concepto algo etéreo, que puede significar diferentes cosas, en diferentes momentos y en diferentes lugares, se construye desde la base de las normas sociales, pero se concreta, como en tantas otras cuestiones desde la jurisprudencia, al ser un término que no se puede concretar de forma perfecta en la legislación que nos orienta pero, en absoluto es capaz de dar solución a los conflictos generados por la variedad de supuestos de hecho que la vida jurídico-social nos proporciona.

Por consiguiente, de este hecho la importancia del jurista, que debe ser consciente del fundamento de la buena fe, del principio que representa. Por cuanto es un principio que conecta lo jurídico con un sistema de valores socialmente aceptados. El principio de la buena fe, como principio general del derecho, nos va a indicar el camino a seguir, y cómo debemos modular dichos efectos para que conduzcan al equilibrio, no sólo con respecto a otras normas, sino en referencia al conjunto del ordenamiento, desechando la aplicación de una lógica formal, y si orientada a la interpretación según la lógica de lo justo y de lo razonable.<sup>17</sup>

### **3.2 La Buena fe en el contrato de trabajo.**

La buena fe contractual forma parte de los pilares sobre los que se construyen las relaciones laborales, pero se trata de un concepto de nuevo, poco concreto, que de por sí, pese a ello, obliga tanto al empresario como al trabajador a un tipo de conducta ética.

Dentro de las relaciones laborales nos encontramos la buena fe como una obligación y por tanto, al igual que en el ordenamiento Civil como un principio de aplicación general. Al igual que en el ámbito general el concepto de buena fe en el marco laboral, ha ido evolucionando, cambiando hacia una normalización más actual. Desde un concepto anterior con una connotación más de lealtad y unilateral en el cual el trabajador debía casi sumisión al empresario, hasta un concepto más actual

---

<sup>17</sup> GIL Y GIL, J.L. “la buena fe en el contrato de trabajo” Estudios financieros 1996

que se orienta hacia una línea de diligente corrección, de honestidad, de comportamiento recto, en definitiva una obligación de conducta ética jurídica, recíproca donde se salvaguarden los intereses de ambas partes priorizando el respeto a la persona y a todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los contratantes y en especial aquellos catalogados como fundamentales, protegidos por otra parte, por nuestra Constitución Española.

Buena fe que ha de estar presente en todo contrato de trabajo, que ha de inspirar la conducta de las partes vinculadas jurídicamente, con indiferencia de cualesquiera que sean las circunstancias que conformen la relación laboral, la buena fe ha de ser respetada. Tal como, se pone de manifiesto en el art 5 ET de los deberes de los trabajadores. *“Los trabajadores tienen como deberes básicos:*

*a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.”*

Por otro lado, el ET y en concreto en su art, 20.2 se indica que *“En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas las exigencias de la buena fe.”*

En cuanto a este precepto considero oportuno señalar la obligación de trabajar asumida en el contrato de trabajo, debiendo el trabajador al empresario la diligencia y colaboración con ello, se evidencia como varios autores indican la obligación a lo largo del curso de la relación laboral entre empresario y trabajador, no finaliza con la formalidad de la firma del contrato, sino que perdura durante la vigencia de la prestación del trabajo. Si bien, el deber de la buena fe es recíproco, que afecta en igual intensidad a ambas partes contractuales como de forma explícita se indica en el art. 20.2 ET. Así por ello, como señala Emilia Conde, *“será necesario proteger y fomentar valores como la confianza, la honestidad o la cooperación que fortalezcan la relación entre empleador y trabajador y permitan la ejecución normal y pacífica del contrato de trabajo a lo largo del tiempo de su duración; no podemos olvidar que la vocación natural de todo contrato de trabajo es ser indefinido, por más que las actuales circunstancias de precariedad laboral y temporalidad en el empleo provoquen el olvido de esta máxima en el ámbito contractual laboral”*

El comportamiento de buena fe se enmarca en dos vertientes, por una parte aquella considerada por algunos juristas como la vertiente de negación, aquella de

limitación o veto a una conducta deshonesta como, por ejemplo, no engañar o no defraudar y, por otro lado, la vertiente positiva, donde se observa la obligación de fraternal convivencia como por ejemplo, el deber de diligencia o de esmero.

Como he reseñado, la buena fe no cuenta con unas reglas concretas en nuestra legislación, por lo cual, estamos ante unas valoraciones particulares de las conductas del empresario y trabajador, que han de ser leales, fieles, honorables y sin que exista un abuso de la confianza depositada. *“Se considera que se ha transgredido la buena fe contractual cuando se ha violado los deberes de fidelidad y el trabajador actúa con conocimiento de su conducta vulneradora (TSJ Canarias 28-09-03)”*.

A pesar, de que en el art. 54.2 parece distinguir entre la buena fe contractual y abusos de confianza, estoy de acuerdo con lo manifestado por Francisco Javier Gómez Abelleira, citando sentencia, *“se puede considerar que se trata de un única causa o que el abuso de confianza no es más que una modalidad de transgresión de la buena fe contractual”*

Por consiguiente, parece que el legislador ha pretendido, mediante esta cláusula, encuadrar distintas conductas y comportamientos realizados por los trabajadores y mercedores de ser punibles con la máxima sanción posible. Así por ello, muchos autores consideran que este precepto normativo es el cajón desastre donde dar cabida a comportamientos muy variados. *“De modo que si no es posible encuadrar la conducta del empleado en los demás apartados y concurren elementos tales como la gravedad, culpabilidad, ruptura de confianza o un acto de deslealtad, podemos acudir a la previsión normativa para proceder disciplinariamente amparándonos en el apartado d) del art. 54.2 ET.”*<sup>18</sup>

La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, aparece catalogada en el art. 54.2.d) ET como un incumplimiento contractual que posibilita al empresario para extinguir la relación laboral unilateralmente. Si bien, como indica literalmente el propio precepto ha de ser un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Obsérvese lo manifestado con anterioridad respecto al despido por faltas de asistencia y puntualidad al puesto de trabajo en concordancia al art 52.d) ET. De este modo, conforme la teoría gradualista, se deberán acreditar los hechos efectuados y valorar las particularidades pertinentes. Por consiguiente, es preceptivo efectuar un análisis individualizado de cada caso, valorando la gravedad y culpabilidad de la actuación, de conformidad con el art. 54.1 ET.

---

<sup>18</sup> SARAZÁ, Jorge, La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines: Una aplicación práctica. Navarra: Editorial Aranzadi, 2014 pág. 44

A continuación, y tras unas nociones conceptuales de la transgresión de la buena fe contractual como causa de extinción del contrato de trabajo, quisiera enumerar algunos tipos o supuestos de la referida transgresión que nos ocupa. Pero la gran variedad de posibles comportamientos que pueden darse dificultan su enumeración, si bien, sí existen determinados incumplimientos que, por habituales, pueden ser objeto de enumeración y análisis.

No obstante, y a modo de ejemplo considero relevante citar parcialmente en primer lugar la Sentencia del TSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2008, que reseña varias causas de transgresión de la buena fe contractual. *“Así por ejemplo se ha considerado que existe transgresión de la buena fe contractual en los siguientes supuestos: la competencia desleal; el uso abusivo de poderes, como cuando se dispone, sin conocimiento de la empresa, de material de la misma; el perseguir beneficios particulares, de forma fraudulenta, como en los siguientes casos: apropiación de materiales de la empresa, apropiación de dinero; apropiarse de fórmulas; falsear partes de trabajo o el uso del teléfono con fines particulares, así como salidas del trabajo con la misma finalidad; la actuación negligente, conculcado el deber de diligencia; la ocultación de hechos graves a la empresa; o el hecho de dormirse el vigilante en horas de trabajo; la realización de trabajos durante la IT, siempre que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o sea de la naturaleza que impida o dilate la curación; las actuaciones irregulares como: las coacciones y amenazas a los no huelguistas; el causar daños a la empresa o en vehículo de la misma por conducir bajo los efectos del alcohol: incitar a los compañeros a abandonar y cerrar el establecimiento; o imputar infundadamente a la empresa infracciones graves; así como el incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades”.*

Como se puede observar, se trata de una sentencia reveladora de distintas manifestaciones de la transgresión de la buena fe contractual. Si bien hay otras muchas conductas que también pueden serlo, enunciando a continuación aquéllas que pueden ser más habituales.

-La competencia desleal. Conforme a jurisprudencia, considerándose competencia desleal, la actividad del trabajador encaminada a realizar labores de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud de contrato de trabajo, sin consentimiento del empresario y siempre que se le cause un real o potencial perjuicio (TS 22-03-91), de parecido sentido (TSJ Catalunya 29-10-14)

- El uso abusivo de poderes, como cuando se dispone, sin conocimiento de la empresa, de material de la misma (TS 12-02-90); cuando el interventor de banco realiza operaciones sin autorización (TS 16-02-90).

.-El perseguir beneficios particulares de forma fraudulenta, apropiándose de bienes o dinero de la empresa. En este supuesto, los órganos judiciales utilizan un criterio generalizado *“La apropiación de bienes de la empresa determina la procedencia del despido al margen de la cuantía defraudada, no siendo trascendentes el arrepentimiento o la devolución de lo apropiado”* Esta línea se basa en la vulneración de la confianza que el empresario deposita en el trabajador. (TSJ de Madrid 13-10-14).

.-La actuación negligente, conculcado el deber de diligencia.

.-La realización de trabajos durante la situación de IT. Para este supuesto, haré referencia más detallada con posterioridad.

.-Las actuaciones irregulares como las coacciones y amenazas a los no huelguistas; el causar daños a la empresa (TSJ Valladolid 15-04-91) o en vehículo de la misma por conducir bajo los efectos del alcohol (TSJ castilla y León 24-06-99); incitar a los compañeros a abandonar y cerrar el establecimiento; o imputar infundadamente a la empresa infracciones graves.

.- Por acoso moral. Se ha considerado procedente el despido de responsable que valiéndose de su cargo de superior jerarquía acosó moralmente a sus subordinados (TSJ Madrid 9-04-10, EDJ 96220).

.- El abuso en el uso del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores, que pueden transgredir la buena fe contractual, si utilizan de forma inadecuada las horas que legalmente se han destinado para la realización de sus funciones de representación. Referida transgresión se produce cuando los representantes utilizan sus horas de crédito *“de manera manifiesta y habitual en su propio provecho o de manera abusiva”*<sup>19</sup>. A modo de ejemplo sentencia (TSJ Castilla - La Mancha de 24 de abril de 2012, EDJ 78719), en la cual, se considera la procedencia del despido de un representante sindical que solicita varias licencias a favor de un compañero de trabajo de su propio sindicato, ocultando a la empresa que éste ha ingresado en prisión.

Hasta este punto, he reseñado algunas de las distintas conductas y comportamientos realizados por los trabajadores y merecedores de ser punibles con la máxima sanción posible, que bajo el precepto normativo de la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza conforman el referido cajón desastre donde dar cabida a comportamientos muy variados.

---

<sup>19</sup> Gil, La transgresión de la buena fe contractual”, cit., pág. 180

### 3.3 La Buena fe contractual y abuso de confianza en relación a las situaciones de IT.

En concordancia con el presente trabajo, donde el absentismo, es protagonista del mismo. He considerado oportuno realizar mención a la buena fe contractual y abuso de confianza en relación con las situaciones de IT.

Como ya hemos visto con anterioridad, los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de la S.S. tienen cubierto el riesgo de estar temporalmente imposibilitados para el trabajo. Durante dicha situación se produce la suspensión de la relación laboral, por lo que cesan las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, no obstante se mantiene otras obligaciones como las de cotizar el pago del subsidio y su correspondiente retención a cuenta del IRPF, correspondientes a la parte empresarial, además de, por otro lado, la reserva del puesto de trabajo, así como el cómputo a efectos de antigüedad del tiempo permanecido en situación de IT.

Recordado esto, no se exonera, por lo cual, se mantiene la obligación de buena fe entre ambas partes, debiéndose respetar la lealtad y fidelidad, pues aunque el contrato está en suspenso, sigue vigente. En este sentido, señala Sarazá<sup>20</sup> que *“ la realización de actividades lúdicas o profesionales durante el periodo de suspensión del contrato de trabajador por IT pueden constituir un hecho de transgresión de la buena fe por deslealtad o fraude respecto del empleador, que respetando la situación de merma de la salud de su empleado, observa cómo éste se dedica a otras actividades incompatibles con la baja médica.”*. Es decir, se puede producir una transgresión de la buena fe contractual, cuando trabajador que se encuentra en situación de IT, pretende engañar a la empresa y al Estado, realizando de manera simultánea a la baja, actividades profesionales incompatibles con su situación pudiendo realizar la misma para su empresa, o bien, impidiendo o retrasando con actividades que perjudiquen su curación.

Por consiguiente, la situación de baja por IT, no impide al trabajador el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico, que no perjudiquen o retrasen su curación; debiéndose valorar cada caso concreto si la situación de una actividad, sea lúdica o laboral, ocasional o frecuente, por cuenta propia o ajena, retribuida o gratuita comporta el empeoramiento o retraso en el proceso de curación de la enfermedad, o evidencia la aptitud del empleado para el trabajo.

Así pues, como se ha indicado y de forma frecuente se reitera en la múltiples jurisprudencias, cada caso concreto ha de ser valorado, por lo cual, es preceptivo

---

<sup>20</sup> SARAZÁ, “La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines”, cit. pág. 84



efectuar un análisis individualizado de cada caso, valorando la gravedad y culpabilidad de la actuación, de conformidad con el art. 54.1 ET. Dicho esto, procedo a exponer algunos casos que por su naturaleza han sentado jurisprudencia o bien resultan a mi juicio interesantes.

## **CAPÍTULO 4. De los Pronunciamientos de la Doctrina Judicial.**

### **4.1 Sentencia del TSJ Asturias 1333/2013, de 14 junio en la cual se resuelve sobre un caso de despido por transgresión de la buena fe contractual.**

La sala tras haber visto y deliberado sobre actuaciones resuelven sobre recurso de suplicación 241/2013 contra sentencia 392/2012 dictada por el Juzgado de lo social nº 2 de Avilés.

Antecedentes de hecho:

Trabajadora con contrato por último de carácter indefinido, con categoría profesional de camarera de establecimiento hotelero, que presenta demanda contra empresa por despido improcedente. La actora causó baja médica e inicia situación de IT por enfermedad común con diagnóstico de contractura cervical.

La empresa, por una parte, por medio de información subida a redes sociales como Facebook y, de otra, por profesionales (detectives privados) constata que la trabajadora al día siguiente de su baja acude a una despedida de soltera en Madrid, tomando un avión y acudiendo a un parque temático, utilizando sus correspondientes atracciones, además de, por otra parte, salir con otras personas supuestas amigas hasta altas horas de la noche, accediendo a cenas y salas de bailes o lugares similares, salidas nocturnas que se repiten con visitas a diferentes locales de ocio.

Así pues, la sala considera basándose en otras jurisprudencia aplicables al caso lo siguiente,

*“la baja médica tiene por causa una contractura cervical y no constan informes médicos que indiquen que el tratamiento prescrito a tal efecto sea la realización de actividades lúdicas o distracciones de cualquier tipo como puede ocurrir en los casos de depresión y en todo caso porque de un lado, la actora al día siguiente de iniciar el proceso de incapacidad temporal viajó a Madrid en avión y estuvo con unas amigas en un parque de atracciones y de otro porque tal como se desprende del contenido del informe de un detective privado que se*

*recoge en los hechos probados, en los días 14 y 21 de julio en que se llevó a cabo la investigación y como se puede comprobar en el reportaje gráfico realizado al efecto estuvo en varios bares hasta altas horas de la madrugada con lo que resulta claro e indiscutible que su estado de salud revelaba una evidente aptitud laboral para el desempeño de los cometidos propios de su profesión de camarera y en consecuencia si la propia conducta de la trabajadora muestra su aptitud laboral de hecho, el despido es procedente, por lo que debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia de instancia.”*

De igual forma considero relevante a tenor de las nuevas formas de comunicación y redes sociales, lo señalado en la sentencia referente a la forma de la obtención de la información.

*“En este caso se alega la violación del artículo 18-3 de la Constitución al haberse obtenido dicha prueba a través de páginas de redes sociales y al efecto cabe decir con la sentencia de instancia que no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron libremente pues al estar "colgadas" en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que no hay una intromisión en la intimidad de la trabajadora que además aparece en las instalaciones de un parque de atracciones de Madrid y por tanto en un lugar público.”*

En definitiva, muestra un de caso donde se estima procedente el despido por transgresión de la fe contractual de trabajadora que en situación de IT y que desarrolla actividad lúdica incompatible con la misma.

#### **4.2 .-Sentencia del TSJ de la Rioja 133/2014, de 19 de septiembre en la cual, se resuelve sobre un caso de despido por transgresión de la buena fe contractual.**

La sala tras haber visto y deliberado sobre actuaciones resuelven sobre recurso de suplicación 144/2014 contra sentencia 133/2014 dictada por el Juzgado de lo social nº 3 de La Rioja.

Antecedentes de hecho:

Trabajador que causó baja por IT por contingencia de enfermedad común pautándose por su MAP tratamiento farmacológico. Realizada valoración psicológica se diagnosticó de

trastorno adaptativo mixto.

El trabajador, pese a encontrarse en situación de IT, prestó servicios en el negocio regentado por su hermano, en un horario coincidente con su horario laboral, ejecutando labores propias de la instalación de vallados, de almacenamiento y transporte de mercancías, con una prolongación en el tiempo.

Así pues, en síntesis la sala y en concordancia los antecedentes de hecho y con jurisprudencias anteriores consideró lo siguiente:

*“la compatibilidad de los trabajos que realice el trabajador en situación de baja con la causa formal de ésta, a efectos de despido, no se ciñe a la valoración médica de la incidencia de aquellos trabajos sobre el proceso derivado de la dolencia diagnosticada, sino que constituye una cuestión jurídica cuyo ámbito es el de la buena fe contractual en la que se incurre cuando sea cual fuere la patología que originó la IT, la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho. De esta modo, la existencia de informes médicos que valen la realidad de una IT no constituye prueba irrefutable de una actuar acorde a la buena fe contractual, debiendo procederse a un examen más profundo de las circunstancias concurrentes de donde pueda comprobarse la capacidad real del trabajador para el desarrollo de su actividad laboral.”*

Por lo expuesto entre otras consideraciones la Sala falla desestimado el recurso y considerando procedente el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual de un trabajador que pese a encontrarse en situación de IT, prestó servicios en el negocio regentado por su hermano, en un horario coincidente con su horario laboral, ejecutando labores propias de la instalación de vallados, de almacenamiento y transporte de mercancías, con una prolongación en el tiempo.

#### **4.3 .-Sentencia del TSJ de Canarias 1058/2015, de 6 de julio en la cual se resuelve sobre un caso de despido por transgresión de la buena fe contractual.**

La Sala tras haber visto y deliberado sobre actuaciones resuelven sobre recurso de suplicación 91/2015 contra sentencia 1058/2015 dictada por el Juzgado de lo social nº 8 de La Palmas.

Antecedentes de hecho:

Trabajadora con antigüedad de varios años en la empresa con la categoría profesional de oficial administrativo, que se encuentra en situación de IT por enfermedad común con

un diagnóstico señalado de trastorno adaptativo mixto de origen laboral (síndrome ansioso depresivo), si bien, realiza actividad lúdica, acudiendo en varias ocasiones hasta en cuatro, a actuar con algún grupo musical, sin cobrar nada por ello, y por simple afición, realizando además durante referidas actividades musicales, diversas consumiciones de bebidas alcohólicas, sin que sean de gran magnitud.

Así pues, en síntesis la sala y en concordancia los antecedentes de hecho y con jurisprudencias anteriores consideró lo siguiente:

“aplicando dicha doctrina a este caso resulta que al trabajador se le imputa en la carta de despido haber realizado actividad retribuida en situación de IT y en particular cuatro actuaciones musicales, en las que consumió bebidas alcohólicas, lo cual le estaba desaconsejado dado el síndrome ansioso-depresivo que tenía diagnosticado”...“el actor no cobró por las actuaciones, el actor aparece como bajista en diversas publicaciones de la red, el actor padece trastorno adaptativo mixto de origen laboral.”...“ De todo ello se deduce que durante su baja por IT debida a un trastorno adaptativo mixto de origen laboral, el actor quien toca el bajo habitualmente, acudió en dichas ocasiones a actuar con algún grupo musical, sin cobrar nada y por simple afición, realizando diversas consumiciones que aunque contuviera bebidas alcohólicas, no pueden considerarse de tal magnitud que le perjudicarán para su recuperación y de hecho no existe prueba alguna de tal alegado daño para su salud.”

“Más bien, como razona el Magistrado a quo, se trató de unas actividades lúdicas en el ejercicio de su habilidad musical que pudieron servir al demandante para superar aquel trastorno adaptativo originado precisamente en el trabajo. En cualquier caso no puede calificarse como la conducta transgresora grave y culpable exigida jurisprudencialmente para dar lugar al despido acordado por la empresa en unas circunstancias cuya relevancia al efecto no ha sido acreditada.”

“Por todo ello el despido ha de ser declarado improcedente”

Por lo expuesto entre otras consideraciones la Sala falla desestimado el recurso y considerando improcedente el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual de una trabajadora que si bien se encuentra en situación de IT realiza actividades musicales lúdicas, y consumo de bebidas alcohólicas, no pueden considerarse de tal magnitud que le perjudicarán para su recuperación.

## **CAPÍTULO 5. Conclusiones Finales.**

En un mundo actual, cada vez más globalizado, la sociedad se encuentra a su vez en una dinámica de evolución constante. Así pues, las empresas, como parte importante y de referencia también de la sociedad, han ido evolucionando, adaptándose para poder ofrecer las demandas, necesidades e incluso exigencias de una sociedad consumidora de bienes y servicios. Una sociedad con unas altas tasas de paro, que produce entre otras consecuencias un menor nivel de ingresos en las economías familiares, con la consiguiente desestabilización de la unidad familiar, precariedad laboral y aumento de la economía sumergida, desmotivación para la educación, así como la pérdida de derechos sociales por cuanto disminuye la recaudación de la Administración Pública, y con ellos poder sostener el estado de bienestar deseado.

Por consiguiente, unas de las conclusiones que he de reseñar, es que la gestión de los RRHH y dentro de esta, el absentismo laboral, es sin duda, una de las mayores preocupaciones de las empresas, y no tan sólo por el hecho de la pérdida de las horas de trabajo sino, también, por generar una serie de conflictos o problemas en diferentes ámbitos como, por ejemplo, el humano, social, económico, además de, por otra parte, el del carácter organizativo de las empresas. El fenómeno del absentismo laboral es significativamente mayor en las empresa de más de 250 trabajadores que en aquellas otras con pocos empleados.

Así por ello, uno de los conflictos que para las empresas u organizaciones supone la gestión del absentismo, lo representa, por una parte, que no hay un consenso definitivo del mismo, además de que de igual forma, no hay una clasificación y sistema de medición universal que permita en todos los ámbitos conocer unos índices iguales para todos que aporten información para contrastar y conocer en profundidad el alcance y consecuencias objetivas del fenómeno en sí del absentismo laboral. Estimo que aun siendo complicado, se debería consensuar de forma internacional, por ejemplo por medio de la OIT, la definición, clasificación y sistema para medir el absentismo laboral. Si bien, y por todo lo expuesto, he de definirlo como aquella ausencia al trabajo cuando la misma no estaba prevista desde un punto de vista legal según términos del contrato de trabajo, es decir, como situaciones de IT, ausencias injustificadas, etc.. Excluyendo el tiempo de descanso, fiestas, vacaciones, por cuanto, estas ausencia son contempladas y generalmente previstas y además contempladas también en los costes laborales de la empresas.

Por otra parte, considero necesario reseñar entre las conclusiones que el actual Sistema Sanitario y de Prestaciones es, sin duda, fruto del esfuerzo de muchas generaciones, sociedades de, entre otros, de trabajadoras y trabajadores, realizado con su esfuerzo,

aportaciones y reivindicaciones. Han logrado que, a día de hoy, si bien puede ser mejorable, dispongamos de uno de los modelos sanitarios más solidarios y de calidad de los que se ofrecen en nuestro mundo actual. Un Sistema de Seguridad Social que emana de nuestra carta Magna, la Constitución Española, desde la cual se promueve garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, junto al derecho a la vida y a la integridad física. Unos derechos y prestaciones de los cuales opino que, en ocasiones, se hace abuso y sin que valoremos en justa medida los mismos.

Para poder acceder a la asistencia sanitaria y a la declaración de IT, es necesario su prescripción por parte de los servicios médicos oficiales mediante los correspondientes partes médicos de baja, de confirmación y de alta conforme a lo estipulado en la normativa vigente.

Algunas personas y quizás muchas empresas consideran que la solución al absentismo pasa por:

a) Un mayor control médico y administrativo efectuado por los servicios médicos oficiales y mutuas

- Con la intervención de las mutuas con mayor antelación en situaciones de IT, incluso cuando se trate por contingencias comunes, es decir, que puedan no sólo valorar medicamente al trabajador, sino además realizar pruebas médicas o incluso llevar a cabo intervenciones que acorten los plazos de curación.
- Que las actuaciones sean menos proteccionistas hacia el trabajador.

b) La eliminación de concesiones en situaciones de baja.

- Reduciendo o incluso eliminando los complementos salariales que aportan algunas empresas ante situaciones de IT, por contingencias comunes.
- Penalizando o castigando las bajas de larga duración o el micro-absentismo

La reforma laboral del año 2012 y la supresión que hace del requisito del “índice total de absentismo” se encamina en este sentido. Ya no es necesario la acreditación de un determinado porcentaje total de bajas en la empresa, sino que es suficiente con declarar y demostrar un determinado porcentaje de bajas aun justificadas de un trabajador, que puede ser despedido por faltas intermitentes al trabajo, aunque dichas faltas sean justificadas (exceptuando las enfermedades graves)

En mi opinión, aunque con estas medidas el legislador manifiesta la intención de dar mayor flexibilidad a las empresas para la supervivencia de las mismas, sobre todo en situaciones adversas como de la crisis económica, al mismo tiempo, son medidas represivas que crean un aumento de presión sobre el trabajador que se verá, en cierto modo, forzado a renunciar a ausentarse del trabajo aun en situaciones plenamente justificadas por el miedo a perder su puesto. No debemos olvidar que la salud es un derecho irrenunciable del trabajador constitucionalmente protegido, y estas medidas en muchas ocasiones pueden resultar injustas por cuanto se proyectan sobre todos los trabajadores con indiferencia de otras circunstancias.

Estos hechos, son los que entre otras cuestiones, han dado lugar a la desmotivación en muchos casos de los trabajadores, a la pérdida del sentimiento de pertenencia que en tiempos pasados era más fuerte. Así por ello, aun cuando el absentismo, compromete en ocasiones la viabilidad de las empresas, este camino represor no debe ser la única vía y también se ha de incidir en la vía de perseguir desde la instituciones oficiales el fraude que relacionado con el absentismo se produce, por cuanto desde mi experiencia profesional quizás existe un laxo control, cierta tendencia a la complacencia con el otorgamiento y seguimiento de las situaciones de IT.

La motivación, la confianza y el compromiso de los empleados es la principal herramienta para luchar contra el absentismo. Factores que ha de cuidar permanentemente la dirección de la empresa en todos los niveles de la misma.

Por otra parte, estos mismos o parecidos hechos han ocasionado que en los últimos tiempos, ha ido cogiendo fuerza y es cada vez más considerado un nuevo fenómeno relacionado con el absentismo como es “el presentismo laboral”, en el coloquialmente, llamado escaqueo que conlleva realizar durante la jornada laboral actividades como leer el periódico, tomar cafés, charlas o llamadas telefónicas sin conexión alguna con la actividad laboral. Estas actividades ya existían con anterioridad, si bien ahora en la actualidad se camuflan con mayor facilidad gracias a las nuevas tecnologías como teléfonos móviles, equipos informáticos con acceso a internet etc. Al igual que absentismo, el presentismo, tiene una relevante repercusión en la productividad de la organización además de en la motivación del resto de trabajadores de la empresas, siendo por otra parte más difícil de calcular los costos que produce, por lo cual, es también hoy en día una faceta del absentismo a estudiar y valorar.

Por último, y en cuanto a la extinción de las relaciones laborales por causa del absentismo.

La aplicación de la Ley 3/2012, por la cual, se eliminan los salarios de tramitación de los despidos disciplinarios declarados improcedentes, en los que no se opta por la

readmisión, así como la reducción de las cuantías de indemnización, ha facilitado el despido, con una considerable reducción de los costes.

Si bien, el poder disciplinario forma parte integrante de las facultades de todo empleador para defender la disciplina en la empresa, frente a incumplimientos contractuales de los trabajadores. Se ha de tener siempre presente que el despido disciplinario es la máxima sanción a la cual puede recurrir el empresario, por lo cual, solamente será procedente cuando se haya producido un incumplimiento grave y culpable del trabajador, y, en todo caso, se debe valorar individualmente cada situación, respetándose el principio de proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción impuesta.

En cuanto a la transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario, dada la falta concreción por parte del, legislador que ha pretendido, mediante esta cláusula, encuadrar distintas conductas y comportamientos realizados por los trabajadores y merecedores de ser punibles con la máxima sanción posible. Así pues, precepto normativo, cajón desastre donde dar cabida a comportamientos muy variados. Donde, como indica literalmente el propio precepto ha de ser un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Además de por otra parte, salvaguardar todas las formalidades y derechos correspondientes, debiéndose, como no puede ser de otra forma, acreditar los hechos efectuados y valorar las particularidades pertinentes.

En cuanto a la realización de actividades durante la situación de IT, y dada una situación de suspensión del contrato de trabajo, que no se exonera, por lo cual, se mantiene la obligación de buena fe entre ambas partes, debiéndose respetar la lealtad y fidelidad, pues aunque el contrato está en suspenso, sigue vigente.

Los criterios jurisprudenciales examinados evidencian falta de uniformidad al respecto de las diferentes actividades compatibles o no con una situación de baja laboral. Los Tribunales no han seguido un criterio uniforme a la hora de considerar los supuestos de transgresión de la buena fe contractual por realización de actividades o trabajos durante una situación de IT.

Si bien, la situación de baja por IT, no impide al trabajador el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico, que no perjudiquen o retrasen su curación; debiéndose valorar cada caso concreto si la situación de una actividad, sea lúdica o laboral, ocasional o frecuente, por cuenta propia o ajena, retribuida o gratuita comporta el empeoramiento o retraso en el proceso de curación de la enfermedad, o evidencia la aptitud del empleado para el trabajo.



## PROPUESTAS

Por último, si bien como hemos visto, no es un fenómeno sencillo. Si quiero realizar algunas propuestas que considero podrían ayudar a mejorar, incluso disminuir el absentismo laboral.

En primer lugar, considero totalmente necesario, prestar interés en reforzar la cultura corporativa, cultura del compromiso, que fortalezca entre los trabajadores de aquellas empresas que lo promuevan el sentimiento de pertenencia, enfocado a generar motivación por medio de políticas que favorezcan la conciliación de la vida familiar, personal y profesional. Con iniciativas como por ejemplo, de flexibilidad de horarios de entrada y salida a la jornada laboral, o en aquellos casos posibles con el desarrollo de la actividad laboral desde casa (teletrabajo), medidas que además, suelen llevar aparejadas aumentos de productividad. De igual forma, el fomento de relaciones laborales en las que se incentive por medio de retribución variable según su absentismo, como por ejemplo complemento de incapacidad temporal por contingencia común, seguros médicos privados, etc.

Por otra parte, considero que debe haber un mayor rigor en el otorgamiento y seguimiento de las situaciones de IT, disminuyéndose cierta complacencia existente en el otorgamiento y seguimiento por parte de los servicios públicos de salud. Considero necesario paliar cierta normalidad existente entre trabajadores que se auto prescriben las IT “pues me cojo la baja” ante un conflicto.

De igual forma, otras medidas es favorecer a aquellas empresa con bajos índices de absentismo como por ejemplo reducciones en los tipos de cotización o bien disminución de los días de pago del subsidio por IT a cargo de las mismas.

## BIBLIOGRAFÍA.

### LIBROS:

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.; PLAZA ANGULO J.J. (2012). Manual de Modificación, Suspensión y Extinción del Contrato de Trabajo. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

BLASCO LAHOZ, J.F. (2011). Manual Derecho de la Seguridad Social. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

BLASCO LAHOZ, J.F. (2013). Manual Prestaciones de la Seguridad Social. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

CONDE MARÍN, E. (2007) *“La buena fe en el contrato de trabajo”*. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo. Ed. La ley. Madrid.

GARCÍA VIÑA, J. (2001) *“La buena fe en el contrato de trabajo”* Especial referencia a la figura del trabajador. Ed. Consejo Económico y Social. Madrid.

MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. (2013) *“El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo”*. Ed. Atelier. Barcelona

PORRET GELABERT, M. (2013) *“El absentismo laboral en la empresa privada española”*

ROMERO BURILLO, A.; MORENO GENE, J. (2013) *“La gestión del absentismo laboral”*. Impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral. Ed. Titant lo blanch. Valencia.

SÁNCHEZ GALLO, D. (2013) *“El absentismo laboral en España”* Del ordenamiento jurídico a la realidad empresarial. Tesis Doctoral. Ed. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.

SARAZÁ, JORGE (2014) *“La transgresión de la buena fe contractual y figuras afines”* Una aplicación práctica. Ed. Aranzadi. Navarra.

VILLAPLANA GARCÍA, M. D. (2015) *“Absentismo e Incapacidad laboral”*. Promover Organizaciones Saludables como garantía de excelencia y efectividad organizativa. Ed. Consejo económico y Social de Principado de Asturias. Asturias.

## INFORMES:

V Informe Adecco sobre el absentismo, Madrid, 15 de junio de 2016.  
[WWW.adecco.es/salaprensa/estudiosadecco](http://WWW.adecco.es/salaprensa/estudiosadecco).

## SITIOS WEB CONSULTADOS:

Real Academia de la Lengua (RA) Diccionario de la Lengua Española. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<http://www.laleydigital.laley.es>

<http://www.qmemento.com>

<http://www.tirantonline.com>

[http://www.segsocial.es/Internet\\_1/LaSeguridadSocial/Publicaciones/Publicacionesporord27974](http://www.segsocial.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/Publicaciones/Publicacionesporord27974) (Guía de valoración de IT para médicos de Atención Primaria)

<http://www.uso.es/publicaciones> (Conoce la nueva Ley de Mutuas) recopilado 2 de mayo de 2016

<http://www.bbvacontuempresa.es> (Claves para comprender que es realmente la buena fe contractual) recopilado, 1 de mayo de 2017.

## NORMATIVA ESPAÑOLA:

Constitución Española, de 27 de Diciembre de 1978. (BOE de 29 de diciembre de 1978)

Real Decreto Legislativo /2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE de 31 de octubre de 2015)

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE de 24 de octubre de 2015)

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE de 7 de julio de 2012).

Ley 35/2011, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de

Trabajo Enfermedades profesionales de la Seguridad.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. (BOE de 10 de noviembre de 1995).

Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de duración. (BOE 21 de julio de 2014).

Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de duración. (BOE de 20 de junio de 2015).

Orden de 19 de junio de 1997, por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997 de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y de control de la prestación económica de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal.

### **Convenios Colectivos consultados:**

III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal “Correos y Telégrafos, S.A.” (BOE nº 153 de fecha 28 de junio de 2011)

### **Jurisprudencia:**

Sentencia del TSJ de Canarias 1058/2015, de 6 de julio.

Sentencia del TSJ Asturias 1333/2013, de 14 junio.

Sentencia del TSJ de la Rioja 133/2014, de 19 de septiembre.

Sentencia del TSJ de Navarra 182/2013, de 1 de julio.

Sentencia del TSJ de Extremadura 601/2013, de 27 de diciembre.

Sentencia del TSJ de Cataluña 7565/2013, de 20 de noviembre.

Sentencia del TSJ País Vasco JUR/2009/305866, de 9 de diciembre de 2008.

Sentencia del TSJ Islas Canarias 350/2007, de 26 de abril de 2007.

Sentencia del TSJ Madrid 82/2006, de 24 de enero. (AS2006/947)

Sentencia del TS 366/2016, de 3 de mayo.

Sentencia del TSJ de Galicia, de 19 de abril de 2001. (AS 2001\864)

Sentencia del TSJ de Catalunya núm. 7180/2014 de 29 de octubre (AS\2014\3224)

STS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997\1448)

STC de 6 de junio de 1995 (RTC 1995\85)

STC de 18 de enero de 1993 (RTC 1993\14)

STS de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991\3907)

STS de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991\875)

STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990\4509)

STS de 4 de febrero de 1984 (RJ 1984\831)

STS de 18 de octubre de 1982 (RJ 1982\6188)

STC de 23 de noviembre de 1981 (RTC 1981\38)