

12 MAY 2021

Revista Española de Derecho del Trabajo

2014

Núm. 171 (Diciembre)

Jurisprudencia

I. Despidos

B) Ausencias reiteradas

7. Ausencias del trabajo y garantía de indemnidad (CAROLINA GALA DURÁN)

B) Ausencias reiteradas

7 Ausencias del trabajo y garantía de indemnidad

Absences of the work and guarantee of indemnity. STSJ Cataluña 4 marzo 2014 (AS 2014, 913).

CAROLINA GALA DURÁN

Profesora Titular (acreditada a cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Revista Española de Derecho del Trabajo 171

RESUMEN: Esta sentencia reitera la tesis de la declaración de nulidad de un despido por ausencias justificadas cuando el mismo constituye una clara represalia empresarial frente al ejercicio de acciones judiciales por parte del trabajador, con la particularidad de que éste ha sido declarado pensionista por incapacidad permanente total tras el despido.

SUMMARY: This sentence reiterates the argument of the declaration of invalidity of a dismissal for excused absences when the dismissal is a corporate retaliation against the exercise of legal actions by the employee, with the specialty that it has been declared permanent disability pensioner after dismissal.

PALABRAS CLAVE: acción judicial, indemnidad, ausencias justificadas, despido, indemnización

KEY WORDS: judicial action, indemnity, excused absences, dismissal, compensation

Fecha recepción original: 13 de Noviembre de 2014

Fecha aceptación: 25 de Noviembre de 2014

Como elemento previo cabe destacar que lo que caracteriza esencialmente a esta sentencia es que en la misma se recogen y resuelven varias cuestiones interrelacionadas entre sí que derivan, a su vez, de la propia complejidad de la realidad laboral actual. En efecto, como veremos a continuación, se entremezclan: las consecuencias de un despido colectivo, la interposición de varias reclamaciones judiciales por el trabajador para hacer valer sus derechos frente a la empresa (derechos vinculados, a su vez, a lo previsto en un pacto relacionado con el despido colectivo), ausencias totales y parciales al trabajo del trabajador que llevan a la empresa a aplicar lo previsto en el  [artículo 52.d](#)) del  ET y, finalmente, la declaración del demandante en situación de incapacidad permanente total para el trabajo. Partiendo de ello, el supuesto de hecho de esta sentencia se fundamenta en:

1º) La empresa procedió a un despido colectivo en el año 2009, en el marco del que suscribió un acuerdo con el comité de empresa en virtud del cual, durante un plazo de 3 años, se comprometía a dar preferencia en las nuevas contrataciones a los 30 trabajadores afectados por el despido colectivo, entre los que se encontraba el demandante. En dicho pacto se establecía que el trabajador reingresado percibiría la retribución establecida para su categoría profesional, que incluiría el importe del premio de ex vinculación que se percibía en el momento de la extinción del contrato. En cumplimiento de dicho acuerdo, el demandante fue nuevamente contratado por la empresa en mayo del año 2011.

2º) El trabajador planteó dos reclamaciones frente a la empresa: a) una demanda judicial en marzo de 2011 por no haber cumplido aquélla la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Seguridad Social previsto en el [artículo 51.9](#) del ET, en la que se alcanzó una conciliación; y, b) otra, vía burofax, en junio de 2012, donde reclamaba diferencias salariales al considerar que la empresa no había cumplido lo dispuesto en el acuerdo antes mencionado (presentando una demanda con el mismo fin en noviembre de 2012).

3º) El trabajador había incurrido en ausencias probadas al trabajo bastante reiteradas, alcanzando algunas toda la jornada laboral y la mayoría una parte de la jornada (1, 2, 4, 7 horas...), lo que llevó a la empresa, en julio de 2012, a despedirle por causas objetivas, fundamentándose en lo dispuesto en el [artículo 52.d\)](#) del ET, y poniendo a su disposición la indemnización correspondiente. El trabajador presentó demanda solicitando la nulidad del despido, que fue estimada por el Juzgado de lo Social, sobre la base de la vulneración de la garantía de indemnidad.

Y, 4º) por último, con efectos de 21 de diciembre de 2012, el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total.

Como apuntábamos al principio, se entremezclan aquí varias cuestiones que conviene examinar separadamente.

En primer lugar, aun cuando se trata de una cuestión menor en el desarrollo de la sentencia, el TSJ de Cataluña avala la plena validez del acuerdo de reingreso vinculado con el despido colectivo y, por consiguiente, la obligación de la empresa de cumplirlo en todos sus extremos, sin que el mismo plantee en este caso problemas de interpretación, bastando la aplicación de su tenor literal para concluir que las retribuciones que se venían pagando al trabajador eran inferiores a las que se derivaban del citado acuerdo. Dada la trascendencia que este tipo de acuerdos o pactos ha adquirido en los últimos años, es siempre importante que los Tribunales respalden su aplicación directa y completa.

En segundo lugar, esta sentencia aborda una cuestión que ha sido objeto de reiterado interés tanto por parte del Tribunal Constitucional como del resto de los Tribunales: la garantía de indemnidad y la consecuente nulidad de un despido objetivo que la vulnere, conforme prevé el [artículo 53.4](#) del ET. En relación con esta cuestión, tal y como hace el TSJ de Cataluña, cabe tener presente, de forma resumida, las siguientes consideraciones:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el [artículo 24](#) de la [Constitución](#) no sólo se satisface mediante la actuación de los Juzgados y Tribunales sino también a través de la garantía de indemnidad, que implica que del ejercicio de una acción judicial o de los actos preparatorios o previos a aquélla no pueden derivarse consecuencias perjudiciales en el ámbito de la relación laboral. Está prohibida, pues, la adopción de medidas de represalia por parte de la empresa que sean consecuencia de las actuaciones de un trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (entre otras, [SSTC 14/1993](#) [RTC 1993, 14], [125/2008](#) [RTC 2008, 125] y [92/2009](#) [RTC 2009, 92]).

b) Cualquier actuación empresarial motivada por el hecho de que el trabajador haya ejercitado una acción judicial para reclamar sus derechos debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (entre otras, [SSTC 76/2010](#) [RTC 2010, 76], [6/2011](#) [RTC 2011, 6] y [10/2011](#) [RTC 2011, 10]), ya que entre los

derechos laborales básicos de todo trabajador se halla el de poder ejercitarse individualmente las acciones derivadas de su contrato [artículo 4.2.g) del ET]. Asimismo, la garantía de indemnidad alcanza incluso cuando la represalia empresarial se concreta en una falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales.

Y, c) como en otros supuestos en los que se comprometen o vulneran derechos fundamentales, en este ámbito resulta aplicable la inversión de la carga de la prueba prevista en los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS, fundamentada en la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración (entre otras, SSTC 38/1981 [RTC 1981, 38], 138/2006 [RTC 2006, 138] y 342/2006 [RTC 2006, 342]). Mecanismo que, como es conocido, exige no solo que el trabajador afirme el carácter discriminatorio de la conducta empresarial sino que ha de aportar una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación (entre otras, SSTC 92/2008 [RTC 2008, 92], 125/2008 [RTC 2008, 125] y 2/2009 [RTC 2009, 2]). Y una vez presentados tales indicios, la empresa asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, pues, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (entre otras, SSTC 183/2007 [RTC 2007, 183], 257/2007 [RTC 2007, 257] y 74/2008 [RTC 2008, 74]).

Pues bien, aplicando lo antes señalado, el TSJ de Cataluña considera que existen indicios suficientes de represalia por parte de la empresa ya que el trabajador, como señalábamos anteriormente, había presentado una demanda en marzo de 2011 por incumplimiento de la obligación empresarial de suscribir un convenio especial y solo un mes antes del despido objetivo había remitido a la empresa un burofax reclamando una mejora de sus condiciones salariales, al creer que se estaba incumpliendo lo previsto en el acuerdo posterior al despido colectivo. Es evidente que esos indicios existían y que, en consecuencia, se producía una inversión de la carga de la prueba y, por consiguiente, era la empresa la que debía probar la razonabilidad de su decisión extintiva. Y con ello entramos en la tercera cuestión de interés presente en esta sentencia.

En efecto, como veíamos antes, la empresa despidió al trabajador por la vía del artículo 52.d) del ET, considerándose probadas reiteradas ausencias al trabajo (tanto totales como parciales) que, desde la perspectiva de la empresa, cumplían con los parámetros actualmente previstos en el precepto mencionado, esto es, las ausencias justificadas pero intermitentes alcanzaban el 20 por 100 de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos y el total de las faltas de asistencia en los 12 meses anteriores no sólo alcanzaba sino que incluso superaba el 5 por 100 de las jornadas hábiles.

En esta cuestión cabe recordar un elemento clave y es que, si bien el precepto mencionado permite el despido objetivo indemnizado con 20 días de salario del trabajador que se ausenta justificadamente de su trabajo, como consecuencia del perjuicio que causa a la empresa tal situación, esta facultad requiere el cumplimiento de ciertos requisitos:

1) Que no se trate de faltas de asistencia que el propio párrafo 2º del artículo 52.d) considera como no computables a estos efectos. Párrafo en el que se recoge una larga lista de faltas no computables que lleva a que el supuesto tipo en que es posible utilizar esta vía sea el de las bajas laborales causadas por riesgos comunes de escasa duración (menos de 20 días), salvo que se trate de una víctima de violencia de género o la ausencia obedezca a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Aun cuando pueda existir una causa de «rentabilidad» empresarial que lo justifique, no podemos ignorar que el trasfondo de esta medida extintiva es terrible, ya que permite despedir a una persona simplemente por el hecho de tener una salud –incluso temporalmente– frágil, que le lleva a bajas médicas intermitentes y sucesivas.

2) Que se trate de faltas de asistencia justificadas, ya que en caso de faltas injustificadas la vía sería

el despido disciplinario contemplado en el [artículo 54.2.a\)](#) del ET.

3) Que las faltas de asistencia al trabajo sean significativas, es decir, elevadas, concretadas, tras la reforma laboral de 2012, en, al menos, el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles de trabajo, o el 25% en 4 meses discontinuos dentro de un período de 12 meses. En todo caso, el nivel de absentismo computable en la actualidad es exclusivamente individual.

4) Dado que se trata de una medida extintiva del contrato y, no podemos olvidarlo, las ausencias están justificadas, los términos «faltas de asistencia al trabajo» deben interpretarse en un sentido restrictivo, es decir, no es lo mismo faltar toda la jornada al trabajo que sólo faltar o ausentarse una parte de la misma. De hecho mientras que el artículo 54.2.a) del ET respecto de las ausencias injustificadas se refiere expresamente a faltas de asistencia y «puntualidad», el artículo 52.d) cita exclusivamente las faltas de asistencia. Por tanto, para proceder al despido regulado en el artículo 52.d) solo resultan computables aquellas ausencias que abarcan la totalidad de la jornada, tal y como recuerda el TSJ de Cataluña en esta sentencia.

En efecto, la imputación de incumplimientos horarios o retrasos no equivale a «ausencias», que se han de referir a jornadas completas de ausencia según la interpretación literal del propio [artículo 52.d\)](#) del ET, ya que éste se refiere a «faltas de asistencia al trabajo» y a «jornadas hábiles» no a incumplimientos parciales de la jornada laboral. En consecuencia, los incumplimientos parciales de la jornada no son computables a la hora de alcanzar los porcentajes de falta de asistencia al trabajo antes citados.

Y es precisamente el hecho de que, en el supuesto resuelto por la sentencia comentada, la mayoría de las ausencias al trabajo eran parciales (1,50, 2,50, 4,75 horas...) y las totales no alcanzaban los porcentajes del artículo 52.d), lo que lleva al TSJ de Cataluña a considerar que la empresa no ha justificado de forma razonable la decisión extintiva y, en consecuencia, el despido debe declararse nulo al haberse vulnerado la garantía de indemnidad recogida en el [artículo 24](#) de la Constitución. Nulidad que, lógicamente, comporta la readmisión a la empresa y el pago de los salarios dejados de percibir ([artículo 55.5](#) del ET por remisión del [artículo 53.5](#)).

Cabe añadir un matiz adicional: en un intento de justificar la razonabilidad de la medida extintiva y la ausencia de vulneración de derechos fundamentales, la empresa alega que incurrió en un error jurídico al aplicar el artículo 52.d), referido a la inclusión de las ausencias parciales de jornada en el correspondiente cómputo. Y esta alegación es descartada, acertadamente, por el TSJ de Cataluña al considerar que la empresa computó ausencias de escasa duración (1 o 2 horas) como jornadas completas, interpretación que excede en mucho de una valoración mínimamente razonable de la norma (cabe apuntar que la gran mayoría de las ausencias del trabajador eran de 1 o 2 horas).

Finalmente, esta sentencia plantea una cuarta cuestión de interés: ¿qué ocurre cuando declarada la nulidad del despido, como hemos visto, al trabajador se le declara en situación de incapacidad permanente total con posterioridad a aquél y, en consecuencia, no puede reincorporarse a la empresa? En este punto cabe recordar que el artículo 49.1.e) del ET reconoce efectivamente como causa de extinción del contrato la incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo establecido en el [artículo 48.2](#) del ET. Pues bien, en relación con esta cuestión existe ya jurisprudencia del Tribunal Supremo, precisamente aplicada por el TSJ de Cataluña, que se concreta en lo siguiente:

a) La extinción del contrato por una causa que opera independientemente de la voluntad del trabajador (la declaración de incapacidad permanente total y la aplicación del mencionado artículo 49.1.e)) deja sin efecto la obligación de readmisión a la empresa, haciéndola imposible, debiéndose sustituir tal obligación por una indemnización como forma de cumplimiento por equivalencia, de acuerdo con los [artículos 1.088](#) y [1.101](#) del [CC](#), junto con el pago de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta el día de inicio del pago de la

correspondiente pensión de incapacidad permanente a cargo del sistema de Seguridad Social.

b) Cuando desaparece un término de la obligación alternativa establecida en el artículo 56.1 del ET, por no ser posible la readmisión del trabajador, debe aplicarse el  [artículo 1.134](#) del CC, manteniéndose la obligación de la empresa de cumplir con la otra obligación alternativa, es decir la indemnización.

c) El artículo 1.101 del CC establece el principio general de responsabilidad en el marco de las obligaciones y siendo injusta la extinción de una relación laboral, lo que priva a una de las partes, el trabajador, del trabajo reconocido como deber-derecho ciudadano al amparo del artículo 35 de la Constitución, tal decisión voluntariamente adoptada por la empresa deberá comportar responsabilidad para ésta. Y una peculiaridad de la normativa laboral como es la de conferir al deudor, la empresa, la posibilidad de opción entre dos obligaciones, no puede, por lógica, cerrar el camino a la solución iuscivilista establecida en aras de la protección del acreedor, ya que lo contrario supondría dejar a éste indefenso, en un medio como el laboral orientado a la protección del trabajador.

d) Es innegable que la obligación prevista en el artículo 56.1 del ET debe encuadrarse en la categoría de las obligaciones alternativas, pues es claro que se trata de una obligación que literalmente constriñe al deudor/empresa al cumplimiento de una de las dos prestaciones previstas –readmitir o indemnizar–, atribuyendo en general la elección al deudor/empresa, pero disponiendo excepcionalmente el derecho de opción en favor del acreedor/trabajador, y aunque en un plano puramente dogmático pudiera cuestionarse la exacta configuración de esa obligación empresarial (no ya como alternativa pura, sino como la subespecie facultativa), sin embargo ello en ningún caso trascendería a la consecuencia que aplicar al supuesto de imposibilidad de la prestación, que –a diferencia de lo que pudiera ocurrir para las obligaciones regidas por el Derecho Común– en todo caso sería el necesario cumplimiento de la prestación indemnizatoria, como única posible.

e) La obligación de la empresa es de origen legal, y como tal –de acuerdo con el  [artículo 1090](#) del CC– se rige por los preceptos de la ley que la establece –el ET– y supletoriamente por las disposiciones del CC sobre obligaciones y contratos; en el bien entendido de que éstas últimas por fuerza han de resultar acordes al citado origen legal y a su específica regulación normativa, y de que en la solución a las posibles lagunas han de jugar decisivo papel los principios generales del derecho, muy singularmente los que informan el propio Derecho del Trabajo.

Y, f) la regulación que en la materia hace el ET tiene por presupuesto un acto ilícito de la empresa (la ruptura de la relación laboral sin causa legalmente justificativa), y que en orden a reparar el mal injustamente causado se establece la correspondiente obligación de hacer (readmitir en el puesto de trabajo en igualdad de condiciones), pero se le añade el opcional cumplimiento por equivalencia (indemnizar los daños y perjuicios causados), con lo que se sigue el esquema del CC en orden a las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones aunque con la peculiaridad de fijar una indemnización tasada que comprende –limitadamente– todos los perjuicios que al trabajador hubieran podido causársele, tanto de orden material como inmaterial. Así las cosas, los supuestos de imposibilidad –no imputable– de la prestación, que son causa de extinción del vínculo obligacional, no liberan a la empresa de responsabilidad económica (casos de fuerza mayor, los supuestos de imposibilidad prestacional por muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario o determinadas circunstancias personales del trabajador).

Y en aplicación de la tesis jurisprudencial apuntada, el TSJ de Cataluña declara la extinción de la relación laboral del trabajador con efectos del día de inicio del pago de la pensión de incapacidad permanente total y condena a la empresa a abonarle la indemnización correspondiente al despido improcedente, de la que se descuenta el importe percibido en su día en concepto de indemnización por despido objetivo. Y, lógicamente, también se condena a la empresa a pagar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el día anterior al del inicio del pago de la pensión mencionada.

No hay duda que en esta sentencia se recoge con claridad una idea de fondo, muy necesaria: no es

posible utilizar indebidamente o tergiversar la existencia de faltas justificadas de asistencia al trabajo y la nueva regulación del [artículo 52.d](#)) del ET para vulnerar un derecho fundamental, en este caso la garantía de indemnidad recogida en el [artículo 24](#) de la Constitución. Y junto a ello se reitera lo ya señalado con anterioridad en otras sentencias del mismo TSJ y del propio Tribunal Supremo: cuando la readmisión del trabajador a la empresa es imposible –y tal circunstancia no es imputable al trabajador–, ello no libera de responsabilidad a la empresa sino que ésta se concreta automáticamente en el pago de la indemnización prevista para el despido improcedente en el artículo 56.1 del ET más los salarios dejados de percibir.