

Pérez-Llorca

Newsletter  
Laboral



02 / 2017



# Índice

## Artículos Doctrinales

- 5 Mecanismos legales frente al absentismo justificado**  
Laura Pérez Benito

## Novedades Jurisprudenciales

- 8 El despido no afecta a la acción de cesión ilegal**  
M<sup>a</sup> Eugenia de la Cera Guerrero
- 9 Cauce procesal para reclamar el importe resultante de una cláusula de blindaje ¿Procedimiento de despido o de reclamación de cantidad?**  
Isabel Moya Chimentí
- 10 Prescripción de las acciones laborales ejercidas por las autoridades laborales**  
Pablo Olábarri Candela
- 11 Despidos colectivos y extinción de contratos temporales: procedimiento a seguir**  
Pablo Olábarri Candela



## MECANISMOS LEGALES FRENTE AL ABSENTISMO JUSTIFICADO

---

Laura Pérez Benito • Abogada

La tasa de absentismo laboral en España, consistente principalmente en bajas laborales derivadas de situaciones de incapacidad temporal (“IT”), se ha incrementado en los últimos años, llegando a superar incluso los niveles alcanzados con anterioridad a la crisis.

Crece en consecuencia los costes que el absentismo provoca a los empresarios. Los habituales derivan del pago del salario del trabajador en los días no cubiertos por la Seguridad Social y del pago de las cotizaciones durante todo el periodo de IT (que puede extenderse hasta los 545 días). Estos costes directos pueden verse agravados por la existencia de un complemento de IT y por la eventual contratación de un trabajador sustituto. Pero es que además existen también costes indirectos que podrían superar a los directos, como son la pérdida de productividad y la búsqueda y formación del trabajador sustituto.

Lo anterior lleva a que las empresas se planteen si pueden adoptar medidas para minorar estos costes y combatir el absentismo justificado sin vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores. Esta inquietud se ha intensificado recientemente a raíz de la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, resolución que ha provocado que los despidos de trabajadores en situación de IT conlleven ahora un riesgo de nulidad.

A continuación analizaremos los principales mecanismos legales a través de los cuales podrían lograrse objetivos razonables de absentismo y una reducción de los costes causados por estas ausencias justificadas.

### 1. Supresión del complemento por IT

Es posible que la empresa deba abonar un complemento por IT si así lo estipula el convenio colectivo de aplicación, o el contrato de trabajo, o si existe una política de empresa que así lo prevé.

Se trata de una mejora a la prestación de IT concedida por la Seguridad Social consistente generalmente en un complemento de la retribución al 100% aunque podría también estar limitado en cuanto a la cantidad o el tiempo en que debe abonarse.

Es frecuente que los convenios colectivos que establecen este complemento determinen una serie de condiciones para su abono, circunstancia que de forma coherente habilitaría al empresario para dejar de abonar el complemento de IT si no se cumplen los requisitos previamente establecidos para ello.

De un muestreo de los diferentes convenios colectivos que regulan este complemento destacan entre los requisitos regulados para su devengo el cumplimiento de las siguientes obligaciones por parte del trabajador en IT:

- (i) la aportación a la empresa de los correspondientes partes de baja y confirmación;
- (ii) su sometimiento a reconocimientos médicos de las Mutuas o de los servicios médicos de la propia empresa; y
- (iii) la entrega a esos servicios médicos de determinados informes o pruebas médicas.

Nuestros tribunales validan la supresión de este complemento en caso de incumplimiento de estos requisitos (conviene destacar, entre otras, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de

27 de noviembre de 2008, de Andalucía de 31 de marzo de 2000 y de Cataluña de 19 de marzo de 2013) basándose para ello en el artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (“ET”) que regula la posibilidad de la empresa de comprobar el estado de salud de los trabajadores en IT en cualquier momento. Continúa el meritado precepto indicando que la negativa de los trabajadores al reconocimiento o la verificación de que no existe causa médica justificada determinará la supresión de pago del cumplimiento.

Aclarada por tanto la facultad empresarial de suprimir el complemento de IT en estas circunstancias, y a la vista de los diferentes precedentes judiciales analizados, recomendamos a las empresas determinar con claridad los casos en que se podría suprimir este complemento cuando su regulación deriva del contrato de trabajo o de una política empresarial.

## 2. Despido por absentismo

Para combatir las elevadas tasas de absentismo laboral de nuestro país nuestra legislación prevé la posibilidad de despedir a aquellos trabajadores que falten al trabajo de forma reiterada, aun cuando las bajas impliquen supuestos de IT justificados, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

Se trata de uno de los despidos objetivos previstos en el artículo 52.d) ET que implican la obligación de la empresa de abonar una indemnización de 20 días de salario por año de trabajo.

Las cuotas de absentismo que debe alcanzar el trabajador para verse afectado por esta medida extintiva son:

- (i) el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos si el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcanza el 5% de las jornadas hábiles; o
- (ii) el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.

Resulta importante traer a colación la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2015 por la que se unifica doctrina en materia de interpretación de los cómputos anteriores. Sostiene nuestro más alto tribunal que el primer supuesto (el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos) exige la intermitencia de las faltas, requisito que, de conformidad con la interpretación de la sala, no aplica al segundo supuesto (el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos).

Hay que tener en cuenta no obstante que existen algunas faltas de asistencia que no computan a estos efectos. Se trata de aquellas bajas por IT que derivan de:

- (i) accidentes de trabajo; (ii) enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia; (iii) supuestos de violencia de género; (iv) las que tengan una duración de más de 20 días consecutivos; u (v) obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Cabe plantearse qué ocurre si se producen varios episodios de IT como consecuencia de una misma enfermedad y entre todos superan los 20 días. El Tribunal Supremo ha dado respuesta a esta cuestión concluyendo que las bajas por IT, para ser excluidas de esta modalidad extintiva, deben ser por 20 días consecutivos y no alternos.

### 3. Despido disciplinario

La obligación de reserva del puesto de trabajo de un trabajador en IT puede ceder si existen causas disciplinarias de gravedad suficiente. Y es que es perfectamente probable que el trabajador incumpla sus deberes laborales aun encontrándose ausente de su puesto de trabajo.

Supuestos habituales en los que nuestros tribunales han determinado la procedencia de despidos disciplinarios de trabajadores en IT son aquellos que se sustentan en la realización de trabajos durante las bajas o cualesquiera otros incumplimientos que pudieran reflejar actividades incompatibles con la IT. La causa disciplinaria alegada en estos casos sería la transgresión de la buena fe contractual.

Ahora bien, no basta con acreditar la realización de estos trabajos o actividades. Nuestros tribunales exigen además que dichas actuaciones sean de entidad tal que impidan o dilaten la curación del trabajador. Así, no se consideran perjudiciales actividades esporádicas y sin retribución o actuaciones que siendo frecuentes no tienen contraindicación médica con la enfermedad causante de la baja (e.g. sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de abril de 2012, de la Comunidad Valenciana de 5 de julio de 2001 y de Andalucía de 22 de noviembre de 2011).

En estos casos huelga decir que el trabajador no tiene derecho a cobrar indemnización alguna.

De todo lo anterior se extrae la existencia de mecanismos legales puestos a disposición del empresario para hacer frente a los perjuicios que el absentismo fraudulento le genera. Se trata no obstante de medidas que son enjuiciadas con gran cautela por nuestros tribunales que buscan un equilibrio entre combatir ese fraude y garantizar el derecho de estos trabajadores a las prestaciones de IT y ahora, a raíz de la manida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la no discriminación de estos trabajadores. Se hará por tanto necesario analizar caso por caso para valorar los riesgos que cada actuación empresarial frente a trabajadores en situación de IT podrá conllevar.

## EL DESPIDO NO AFECTA A LA ACCIÓN DE CESIÓN ILEGAL

---

M<sup>a</sup> Eugenia de la Cera Guerrero • Abogada

### Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2016 (Recurso núm. 276/2015)

Este recurso de suplicación para la unificación de doctrina analiza el caso de un trabajador que presenta una demanda declarativa de cesión ilegal y es despedido antes de que se dicte sentencia. Por lo tanto, la cuestión jurídica que se plantea consiste en determinar si basta con que la relación esté viva en el momento de la presentación de la demanda o también es necesario que lo esté en el momento en el que recaiga una resolución definitiva en el procedimiento.

Como todos sabemos, el Tribunal Supremo ha entendido tradicionalmente que la literalidad del artículo 43 ET requiere la pervivencia del vínculo laboral para poder accionar frente a la cesión ilegal, puesto que la finalidad del procedimiento es permitir al trabajador que adquiriera la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o en la empresa cesionaria.

En línea con esta doctrina, la sentencia de suplicación que da origen a este recurso declaró de oficio que, en la medida en que el trabajador había sido despedido y que la decisión de la empresa no había sido impugnada, la relación había quedado extinguida de forma definitiva. Por consiguiente, la acción de cesión ilegal había perdido su objeto, toda vez que ya no era posible reincorporar al trabajador en ninguna de las dos mercantiles.

Sin embargo, el Tribunal Supremo revoca este pronunciamiento argumentando que es necesario ir un paso más allá para evitar un fraude procesal.

En efecto, si el mero hecho de extinguir la relación laboral provocase automáticamente la desestimación de la acción de cesión ilegal, bastaría con despedir al trabajador una vez ha presentado la demanda para neutralizar los efectos de esta reclamación e impedir que pueda convertirse un trabajador fijo en alguna de las dos empresas.

En consecuencia, con el fin de eludir los efectos perversos de su doctrina tradicional en estos casos, la sentencia concluye que, siempre que la relación continúe vigente en el momento de la presentación de la demanda judicial, el juzgado o tribunal debe analizar si concurría una cesión ilegal en ese momento. De esta manera, en caso de que la conclusión finalmente sea afirmativa, el trabajador tendrá la posibilidad de reanudar su relación con el empresario formal o el empresario aparente, a su elección.



## CAUCE PROCESAL PARA RECLAMAR EL IMPORTE RESULTANTE DE UNA CLÁUSULA DE BLINDAJE ¿PROCEDIMIENTO DE DESPIDO O DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD?

---

Isabel Moya Chimenti • Abogada

### Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2016 (Recurso núm. 431/2014)

Un trabajador despedido por causas objetivas, a quien la empresa le abona la indemnización prevista legalmente para dicho despido, reclama a través del procedimiento ordinario de reclamación de cantidad una indemnización superior resultante de aplicar una cláusula de blindaje que, a su parecer, tenía reconocida por su empresa empleadora.

A la vista de estos hechos, el Tribunal Supremo debe determinar si el procedimiento ordinario de reclamación de cantidad es el ajustado para este tipo de peticiones o si, por el contrario, el cauce apropiado habría sido el específico de despido (lo cual habría conllevado la caducidad de la acción).

El Tribunal Supremo, antes de pronunciarse sobre el caso concreto que se le plantea, aprovecha para analizar de manera pormenorizada su doctrina en esta cuestión. Dada su relevancia, la resumimos a continuación.

En el año 2007 ya entendió el Tribunal Supremo que en aquellos casos en que la empresa reconociera la improcedencia del despido, el procedimiento ordinario resultaba el adecuado para reclamar el importe de la indemnización que no se hubiera abonado al trabajador, si el importe como tal de la indemnización totalmente pacífico. En el mismo sentido, en septiembre de 2008 y en noviembre de 2010 el Tribunal Supremo manifestó que si no existían discrepancias en torno a la calificación del despido, ni sobre el salario o la antigüedad del trabajador, el procedimiento adecuado para reclamar la indemnización era el procedimiento ordinario.

No sucede lo mismo cuando existen discrepancias en relación con la antigüedad o el salario del trabajador. El Tribunal Supremo tuvo la ocasión de pronunciarse al respecto en mayo de 2012 determinando que *“resulta claro que no estamos ante un simple impago de una cantidad no controvertida ni ante una mera discrepancia de cálculo, existiendo conformidad en los elementos en función de los cuales se ha de calcular la indemnización por despido. Se trata, por el contrario, de una diferencia que afecta a un elemento esencial de esa determinación, como es la antigüedad, por lo que el procedimiento adecuado es el de despido”*.

A la luz de la citada doctrina, en el caso objeto de análisis, el Tribunal Supremo dictaminó que debía mantenerse su doctrina tradicional, resolviendo que el procedimiento adecuado era el proceso propio del despido y ello puesto que estaba en duda el valor de la cláusula de blindaje y su aplicación al caso en cuestión. Entendió por tanto el Tribunal Supremo que la cláusula de blindaje afectaba a elementos básicos de la propia extinción y que no estaba antes una mera diferencia aritmética ni una reclamación de cantidad no controvertida, sino ante una controversia que depende de la interpretación de una cláusula contractual cuyo análisis, y valoración de su validez y vigencia, no pueden realizarse al margen del acto extintivo del que trae causa.

En definitiva, de acuerdo con esta doctrina del Tribunal Supremo, en aquellos casos en que se tenga que dilucidar la aplicación o no de una cláusula de blindaje, el trabajador tendrá que accionar frente a la empresa a través del procedimiento de despido y no del ordinario de reclamación de cantidad.

Cabe mencionar que esta sentencia contiene dos votos particulares lo cual refleja el carácter controvertido de la cuestión y que tendremos que estar atentos por si se produce alguna novedad al respecto.

## PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES LABORALES EJERCIDAS POR LAS AUTORIDADES LABORALES

---

Pablo Olábarri Candela • Abogado

### **Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2016 (Recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 1778/2015)**

El Tribunal Supremo revisa en esta sentencia si aplica el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 59 ET a los procedimientos iniciados de oficio por la Inspección de Trabajo.

En el caso se estudiaba si, habiendo transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo una inspección en una empresa, podía considerarse prescrita la acción ejercida de oficio por la Inspección de Trabajo solicitando que se declarase la existencia de varias relaciones laborales.

En concreto, la Inspección levantó en 2009 un acta de infracción contra una empresa por varias irregularidades laborales. Este acta fue impugnada por la empresa que alegó que la relación jurídica objeto de análisis no era laboral, y por tanto no procedía sanción alguna. A raíz de lo anterior, la Inspección interpuso, en 2012, de oficio, demanda solicitando que se declarase que dichos contratos eran de naturaleza laboral.

La empresa se opuso a la demanda señalando que esta se había interpuesto fuera del plazo de un año previsto en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, y que por tanto estaba prescrita. Aunque su alegación fue rechazada por el Juzgado de lo Social, interpuso los correspondientes recursos hasta que la cuestión llegó al Tribunal Supremo.

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que dicha acción no puede considerarse prescrita, en la medida en la que el plazo de un año previsto en el artículo 59 ET, al ser de aplicación “*a las acciones derivadas del contrato de trabajo*” solo vincula a las partes de dicho contrato, y no a las autoridades laborales. A estas últimas les corresponde el plazo de 4 años previsto en las normas reguladoras de la Seguridad Social, incluso cuando la acción tenga como finalidad determinar si un contrato de trabajo es laboral.

## DESPIDOS COLECTIVOS Y EXTINCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES: PROCEDIMIENTO A SEGUIR

---

Pablo Olábarri Candela • Abogado

### Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2016 (Recurso de casación núm. 10/2016)

El Pleno de la Sala de lo Social revisa en esta Sentencia cuál es el procedimiento para impugnar la extinción de un número tal de contratos temporales que, de considerarse en fraude de ley, superarían los umbrales del despido colectivo.

Así, en el caso en cuestión, el Sindicato USTEA, los miembros del comité de empresa y los delegados sindicales interpusieron demanda dirigida al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía contra la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía, por el cauce de la impugnación de despidos colectivos regulada en el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (“LRJS”). A través de esta demanda solicitaban la declaración de nulidad de los despidos llevados a cabo por la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Sevilla de la Junta de Andalucía.

Entendían los demandantes que al extinguirse una serie de contratos temporales por obra y servicio (que consideraban celebrados en fraude de ley) de un grupo de monitores escolares se habían superado los umbrales del despido colectivo. Reclamaban por tanto la nulidad de estas extinciones y el derecho a la readmisión de estos trabajadores.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía consideró que era incompetente funcionalmente para conocer la cuestión, pues entendía que la vía a seguir era la impugnación individual y no colectiva, y que por tanto eran competentes los Juzgados de lo Social.

Frente al auto que declaró dicha incompetencia, y previos los trámites de rigor, se interpuso por los demandantes recurso de casación. Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, reunida en pleno, confirma el parecer del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

El Tribunal Supremo entiende que el procedimiento de despido colectivo permite estudiar tanto los despidos colectivos llevados a cabo respetando lo dispuesto en el artículo 51 ET como aquellos llevados a cabo sin respetar dicha vía. Sin embargo, en el caso en cuestión, al tratarse de extinciones de contratos temporales que solo computarían a los efectos de los umbrales del despido colectivo de ser fraudulentos, no puede acudir al procedimiento de impugnación del despido colectivo previsto en el artículo 124 LRJS. Así, el examen sobre la validez de estos contratos temporales es una cuestión previa que debe estudiarse de manera individualizada trabajador a trabajador, lo que excede los límites del procedimiento colectivo de despido colectivo, debiéndose acudir a los procedimientos individuales en su lugar.

Es importante matizar que 5 de los Magistrados se adhirieron a un voto particular que se oponía a la tesis de la posición mayoritaria, considerando que el procedimiento colectivo sí es adecuado para estudiar si la extinción de contratos temporales puede encubrir un despido colectivo.

Socio de Laboral  
Coordinador de la Newsletter

—

Luis Enrique Fernández Pallarés  
lefernandez@perezllorca.com

Tel: +34 91 436 04 23

Fax: +34 91 423 04 30

Castellana 50  
28046 · Madrid

—  
Diagonal 640, 8<sup>ª</sup>A  
08017 · Barcelona

—  
24 Monument Street, 8<sup>th</sup> floor  
EC3R 8AJ · London

—  
375 Park Avenue, 38th floor  
10152 · New York

—  
[www.perezllorca.com](http://www.perezllorca.com)

