

MEMENTO EXPERTO

FRANCIS LEFEBVRE

Despido
objetivo

ACTUALIZADO A 8 DE SEPTIEMBRE DE 2009

Esta obra ha sido realizada
sobre la base de un estudio técnico
cedido a la editorial por su autora

Ana de la Puebla Pinilla

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Madrid

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.

Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es

Precio: 40,56 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-92612-37-6

Depósito legal: M-38966-2009

Impreso en España

por Printing'94

Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.
--

PLAN GENERAL

	n° marginal
CAPÍTULO I	
CAUSAS DEL DESPIDO OBJETIVO	100
1. Ineptitud sobrevenida del trabajador	110
Requisitos	112
Supuestos	115
2. Falta de adaptación a las modificaciones técnicas en el puesto de trabajo	125
Requisitos	127
Oferta de cursos de reconversión o de perfeccionamiento profesional	128
3. Faltas de asistencia al trabajo	135
Absentismo individual	137
Absentismo colectivo	141
4. Insuficiencia de la consignación presupuestaria	145
Requisitos	147
5. Amortización del puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción	155
CAPÍTULO II	
DESPIDO OBJETIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN	200
1. Análisis de las causas que justifican la amortización del puesto de trabajo	205
a) Causas económicas	205
b) Causas técnicas, organizativas o de producción	210
2. Requisitos para la apreciación de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción	220
a) Finalidad que ha de cumplir la medida extintiva	225
b) Conexión entre el despido y la superación de la situación económica negativa	235
3. Ámbito de afectación de las causas	
a) Diferencias en función de la causa del despido objetivo	245
b) Ámbito de valoración de las causas en los grupos de empresa	250
4. Distinción entre despido objetivo y despido colectivo	260
a) Nivel de empleo como término de referencia	265
b) Número de extinciones computables	275
c) Período de cómputo	285
5. Despido objetivo económico y cierre de la empresa	295
6. Decisiones estratégicas empresariales y despido objetivo	300
a) Descentralización productiva como causa de extinción	300
b) Finalización de la contrata como causa de despido objetivo	310

	n° marginal
7. Imperativos legales y despido objetivo. Fuerza mayor impropia como causa de despido objetivo	320
8. Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito de las Administraciones Públicas	330
a) Anulación del concurso-oposición y extinción de los contratos laborales celebrados a su amparo	335
b) Amortización de puestos de trabajo ocupados por personal laboral interino	340
c) Extinción de los contratos laborales del personal indefinido no fijo de plantilla	345
9. Selección de los trabajadores afectados en el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción	350
a) Prioridades de permanencia	355
b) Otros límites a la libertad empresarial de selección	365
CAPÍTULO III	
FORMA EN EL DESPIDO OBJETIVO	600
A. Comunicación escrita al trabajador	605
1. Contenido de la notificación escrita de despido objetivo: expresión de la causa	610
2. Contenido de la carta de despido objetivo y derecho a la intimidad del trabajador	620
B. Puesta a disposición de la indemnización	625
1. Momento y modo para poner a disposición del trabajador la indemnización	630
2. Excepciones a la obligación de simultanear la puesta a disposición de la indemnización con la comunicación del despido	645
3. Cuantía de la indemnización que debe ponerse a disposición del trabajador simultáneamente a la notificación del despido objetivo	655
4. Pactos de mejora de la indemnización por despido objetivo	690
C. Concesión de un plazo de preaviso de treinta días	700
1. Posibilidad de sustituir el preaviso por una indemnización compensatoria	705
2. Licencia retribuida para la búsqueda de otro empleo	715
D. Intervención de los representantes de los trabajadores	720
E. Subsanción de defectos formales: nuevo despido objetivo	750
CAPÍTULO IV	
CALIFICACIÓN JUDICIAL Y EFECTOS DEL DESPIDO OBJETIVO	900
A. Despido objetivo procedente	
1. Condiciones	905
2. Efectos de la declaración de procedencia del despido objetivo	910
B. Despido objetivo improcedente	915
1. Efectos de la declaración de improcedencia del despido objetivo	920
2. Ejercicio de la opción entre readmisión e indemnización	925
3. Derecho de opción de los representantes de los trabajadores	930
4. Salarios de tramitación	940

	nº marginal
5. Reconocimiento por el empresario de la improcedencia del despido objetivo.....	970
6. Despido objetivo improcedente de trabajadores contratados bajo la modalidad de fomento de la contratación indefinida.....	985
C. Despido objetivo nulo.....	1005
1. Causas de nulidad del despido objetivo.....	1005
2. Efectos de la declaración de nulidad del despido objetivo.....	1060
3. Posibilidad de indemnización en caso de despido nulo por discriminación o por lesión de derechos fundamentales.....	1070
 CAPÍTULO V	
RESPONSABILIDAD DEL FOGASA POR INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS.....	1500
1. Responsabilidad directa por indemnizaciones debidas por despidos económicos en empresas de menos de 25 trabajadores.....	1505
Características.....	1507
Cuantía de la indemnización.....	1510
Requisitos.....	1512
Plazo de reclamación al FOGASA.....	1515
2. Responsabilidad subsidiaria por indemnizaciones debidas por despido objetivo.....	1520
Características.....	1521
Títulos habilitantes.....	1522
Responsabilidad subsidiaria en empresas de menos de 25 trabajadores.....	1527
 CAPÍTULO VI	
EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS Y PROCESO.....	1600
1. Plazo para ejercitar la acción de impugnación.....	1607
2. Acumulación de acciones: despido por causas objetivas y resolución del contrato a instancia del trabajador.....	1611
3. Intervención del FOGASA en el proceso por despido objetivo.....	1615
4. Acto del juicio.....	1620
5. Carga de la prueba en los despidos discriminatorios y en los nulos por ejercicio de derechos de conciliación.....	1625
6. Calificación del despido.....	1670
Recursos.....	1680
 CAPÍTULO VII	
EMPRESAS EN CONCURSO Y DESPIDO OBJETIVO.....	1700
Concurso y extinción del contrato de trabajo.....	1780
Mejora de la indemnización legal.....	1825
Competencia para conocer de la impugnación del despido objetivo.....	1860

	n° marginal
ANEXOS	
JURISPRUDENCIA	2000
BIBLIOGRAFÍA	
TABLA ALFABÉTICA	

CAPÍTULO I

Causas del despido objetivo

100

ÍNDICE	
1. Ineptitud sobrevenida del trabajador	110
Requisitos	112
Supuestos	115
2. Falta de adaptación a las modificaciones técnicas en el puesto de trabajo	125
Requisitos	127
Oferta de cursos de reconversión o de perfeccionamiento profesional	128
3. Faltas de asistencia al trabajo	135
Absentismo individual	137
Absentismo colectivo	141
4. Insuficiencia de la consignación presupuestaria	145
Requisitos	148
5. Amortización del puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción	155

Las causas del despido objetivo aparecen enumeradas y descritas en el **ET** art.52, conforme al cual, son causas de despido objetivo:

105

- a)** La ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (nº 110).
- b)** La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo (nº 125).
- c)** La necesidad de amortizar puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (nº 155).
- d)** Las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando superen determinados porcentajes (nº 135).
- e)** La insuficiencia de consignación presupuestaria, en caso de contratos indefinidos concertados por las Administraciones Públicas o entidades sin ánimo de lucro, para la ejecución de determinados planes y programas públicos, sin dotación económica estable (nº 145).

La **negociación colectiva** carece de capacidad para alterar los términos de estas causas extintivas o para crear otras causas de despido objetivo distintas a las enumeradas por la Ley, porque un convenio colectivo no puede crear de la nada (*ex nihilo*) un nuevo tipo de despido objetivo. Así, no se admitió una cláusula convencional que establecía que en caso de no obtener el trabajador el resultado exigido, se facultaba a la empresa para proceder a la extinción del contrato por causas objetivas (TSJ Sevilla 12-5-08, AS 909/09).

1. Ineptitud sobrevenida del trabajador

(ET art.52.a)

- 110** Tanto la ineptitud **conocida** como la **sobrevenida** con posterioridad a la colocación efectiva del trabajador en la empresa pueden causar la extinción del contrato. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba no puede alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento. Esta expresa previsión legal se justifica en que, en estos casos, el empresario tuvo oportunidad de conocer la ineptitud del trabajador y desistir del contrato durante el período de prueba. La ineptitud supone una **inhabilidad o carencia de facultades** profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por la falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.– (TS 2-5-90, RJ 3937). De este modo, el concepto jurisprudencial de ineptitud equivale a inhabilidad o carencia de facultades que deriva de **circunstancias personales** del trabajador, ya por falta de capacidad física o psíquica, ya por insuficiencia de conocimientos o por falta de la habilitación administrativa requerida para el ejercicio de la actividad profesional. En todo caso, como ha reiterado la doctrina judicial, la ineptitud ha de ser **probada** por el empresario, correspondiendo al trabajador la prueba de su aptitud o de que aquella era conocida o consentida por el empresario.

- 111** **PRECISIONES** 1) La **jurisprudencia** social ha **definido** en reiteradas ocasiones tanto la ineptitud como la falta de idoneidad para realizar el cometido laboral para el que fue contratado (TS 17-5-68, RJ 2211); una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación suficiente o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo que se obligó a ejecutar (TS 5-9-84, RJ 5240); la incapacidad personal o inhabilidad profesional para el trabajo (TS 30-11-89, RJ 8288); o la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (TS 2-5-90, RJ 3937). 2) La ineptitud ha de ser **probada por la empresa**. A estos efectos, se admite la declaración de ineptitud emitida por el **servicio de prevención y salud** correspondiente (TSJ Sevilla 15-10-08, AS 911/09). Aunque en otras ocasiones tal declaración no se ha considerado suficiente, como ocurre cuando se procede al despido objetivo de varios trabajadores por ineptitud tras la declaración de los **servicios médicos** de su condición de no aptos para la exposición al polvo de sílice, confirmándose la declaración de improcedencia del despido emitida por el tribunal de instancia puesto que el Protocolo de vigilancia sanitaria específica para los trabajadores expuestos a silicosis y otras neumoconiosis no permite la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida, sino que impone un periodo de observación durante el cual la situación del trabajador ha de ser la de incapacidad temporal. Ello garantiza la protección del trabajador mientras se valora oficialmente la existencia de una enfermedad profesional y/o la posibilidad, caso de no existir otro puesto de trabajo exento de riesgo, de declaración de incapacidad en el grado que corresponda (TSJ Galicia 15-11-05, AS 1624/07).

- 112** **Requisitos** La ineptitud ha de reunir los siguientes requisitos (*MERCADER UGUINA, 2009, p. 533*):
- debe ser permanente y no meramente circunstancial;
 - ha de ser imputable al trabajador y, por tanto, no achacable a defectuosos medios de trabajo;

- verdadera y no disimulada, ya que, en este último caso, la conducta del trabajador legitimaría otro tipo de decisiones empresariales, como la sanción o el despido disciplinario;
- referida al conjunto o, por lo menos, a la principal de las tareas encomendadas, de suficiente entidad, es decir, una aptitud apreciable inferior a la media normal;
- independiente de la voluntad del trabajador, no debida a un actuar deliberado y consciente del sujeto.

PRECISIONES 1) La ineptitud del trabajador se refiere a las **tareas de su puesto de trabajo** y no tiene por qué alcanzar a la totalidad de las funciones que tenga atribuida la categoría profesional en la que esté encuadrado el trabajador (TSJ Sevilla 15-10-08, AS 911/09). Por otra parte, la ineptitud ha de venir referida al puesto de trabajo ocupado por el trabajador; por eso no puede alegarse ineptitud cuando la empresa ha aplicado la **movilidad funcional** y ha encomendado al trabajador funciones distintas de las habituales (TSJ Cataluña 24-3-05, AS 1215).

2) La ineptitud sobrevenida es diferente a la **invalidez permanente** que permitiría la extinción del vínculo contractual, de modo que puede considerarse válida la extinción aun cuando el trabajador no alcance ninguno de los grados de incapacidad permanente previstos en la LGSS (TS 10-12-85, RJ 6091).

3) Si la ineptitud deriva de la propia **voluntad del trabajador** es causa de despido disciplinario, no objetivo. La diferencia entre ambos supuestos estriba en que los incumplimientos contractuales que dan lugar al despido disciplinario (ET art.54) han de ser voluntarios o culpables, lo cual supone que el empresario ha de probar los incumplimientos imputados en la carta de despido y al trabajador le corresponde probar que la conducta que se le atribuye no ha sido voluntaria. Por el contrario, en los supuestos de ineptitud sobrevenida el empresario tiene que probar no solo el deficiente cumplimiento de sus obligaciones por parte del trabajador sino también que tal deficiencia no le es imputable (TSJ Cataluña 24-4-07, AS 2127).

4) Se excluye de esta causa la ineptitud existente con **anterioridad al cumplimiento del período de prueba**. En estos casos, se considera que el empresario tuvo oportunidad de conocer la aptitud del trabajador y desistir libremente del contrato. No obstante, existen supuestos en los que la jurisprudencia admite la ineptitud anterior al ingreso en la empresa, pero conocida por el empresario con posterioridad a la superación del período de prueba (TSJ Extremadura 24-2-00, AS 1253).

113

Supuestos En general, en todos estos supuestos de ineptitud lo determinante para estimar procedente la decisión empresarial es que el trabajador haya sufrido una **pérdida de las condiciones físicas o intelectuales** necesarias para el desempeño de su puesto de trabajo.

- PRECISIONES** 1) Se han considerado como **ineptitud sobrevenida** los siguientes **supuestos**:
- el trabajador pierde la autorización o titulación necesaria para ejercer la actividad profesional para la que había sido contratado (TS 29-3-84, RJ 2448; 26-1-98, RJ 1064);
 - falta de aptitud para el desempeño profesional con arreglo a la norma reglamentaria que establece las condiciones de aptitud psicofísica para el uso de armas y prestación de servicios de seguridad privada o, en general, falta de titulación de acuerdo con la normativa de empresas de seguridad (TS 22-7-05, RJ 84/06);
 - pérdida de la licencia federativa que inhabilita para ejercer profesionalmente un deporte (TS 14-5-81, RJ 2312; 9-7-83, RJ 3753);
 - pérdida de autorización administrativa que permite ocupar un determinado puesto de trabajo a falta de personal en posesión de los títulos profesionales exigidos (TS 29-12-88, RJ 9938).

115

2) No se incluyen, sin embargo, dentro del concepto de ineptitud los supuestos de incompatibilidad de la realización del trabajo por **aplicación de una norma legal** (TS 5-10-84, RJ 5240; 2-5-90, RJ 3937).

117

Carencia de acreditación administrativa Ninguna duda cabe que existe ineptitud sobrevenida cuando se produce la pérdida de una acreditación administrativa necesaria e **imprescindible** para el normal desarrollo de la **actividad laboral**, cualquiera que sea la categoría profesional que pudiese ostentar el trabajador, pues lo determinante no es el formal reconocimiento de una determinada categoría por parte de la empresa, sino el real y efectivo **contenido de la prestación laboral**. De este modo, podría entenderse improcedente el despido objetivo cuando el trabajador no realiza tareas directamente relacionadas de forma importante con la actividad que la privación de la autorización administrativa le impediría desarrollar, aunque formalmente ostente una categoría profesional que requiere dicha autorización, y al contrario, habría de estimarse procedente cuando las tareas profesionales requieran ineludiblemente, y de forma importante y esencial, la pervivencia de la autorización administrativa de la que se priva al trabajador, cualquiera que sea la formal categoría profesional que tenga reconocida. Se trata, en todo caso, de supuestos en los que el trabajador pierde el permiso, licencia o autorización administrativa exigida para desarrollar su trabajo.

Si estos permisos o autorizaciones son imprescindibles para el ejercicio de la actividad profesional y el empresario conoce cuando ya se está desarrollando la actividad profesional que el trabajador **carece desde el inicio** (ab initio) del correspondiente permiso o licencia, la vía para extinguir el contrato no es el despido por causas objetivas sino la **declaración de nulidad** (ET art.9.2) con los efectos previstos, de manera que el trabajador puede exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.

118

Retirada de permiso de conducir Es también supuesto de ineptitud sobrevenida la retirada del permiso de conducir al trabajador cuyo puesto de trabajo era, precisamente, de **conductor** (TS 27-10-83, RJ 5158; 27-10-83, RJ 5159).

La privación del permiso de conducir justifica claramente la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo si el trabajador ostenta la categoría profesional de conductor y efectivamente realiza tareas propias de la misma. Pero a idéntica solución debe llegarse cuando el trabajador, pese a no tener dicha categoría, utiliza el **automóvil como herramienta habitual** y permanente de trabajo, haciendo un uso significativo e importante del mismo, de tal forma que venga a constituir la parte esencial de su actividad laboral, tal y como acontece en un supuesto en el que se trata de un agente comercial que ha de visitar a clientes diseminados en una amplia zona geográfica y que realiza un 70% de sus tareas fuera de las oficinas de la empresa, contando incluso con un vehículo facilitado a tal efecto por la misma (TSJ Cataluña 26-1-99, AS 875).

2. Falta de adaptación a las modificaciones técnicas en el puesto de trabajo

(ET art.52.b)

La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo es justa causa de despido siempre que los **cambios** sean **razonables** y hayan transcurrido más de **2 meses** desde que se produjo la modificación.

Esta causa de extinción presenta puntos de conexión con la referida a la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación en la empresa (nº 110). Pero son dos causas que deben **diferenciarse** con claridad. Mientras que en la **ineptitud** se regula el supuesto en que sin alterarse el modo de desempeñarse el trabajo, resulta que el propio trabajador va perdiendo capacidad para poder acometerlo; en cambio el supuesto de **falta de adaptación** es el modo de desempeñarse el trabajo el que cambia y el trabajador no es capaz de adaptarse a las nuevas exigencias del puesto (TSJ País Vasco 20-9-01, AS 907/02). En definitiva, la ineptitud se basa en la inhabilidad, falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo, en tanto que la falta de adaptación se fundamenta en los cambios operados en el puesto de trabajo (TSJ Madrid 24-1-05, AS 1999).

Un supuesto típico de esta causa de despido objetivo es el referido a los **cambios informáticos** introducidos en el puesto de trabajo, en los que se declara procedente el despido del trabajador que no se adapta a las nuevas condiciones del puesto de trabajo (TS 21-6-88, RJ 6865; TSJ Madrid 24-1-05, AS 1999).

Requisitos Los requisitos para poder despedir al amparo de esta causa son:

- a) Que se trate de modificaciones técnicas del puesto de trabajo.
- b) Que los cambios sean razonables. Se trata con ello de facilitar el mantenimiento del empleo, de manera que la decisión extintiva se produzca solamente cuando las modificaciones introducidas sean razonables, no arbitrarias ni caprichosas.
- c) Que exista una falta de adaptación del trabajador a dicha modificación técnica razonable de su puesto de trabajo habitual.

PRECISIONES La jurisprudencia viene destacando que la modificación debe producirse en el **puesto de trabajo habitual**, por lo que la garantía reconocida al trabajador en los casos de movilidad funcional (ET art.39.3) neutraliza la posibilidad de utilizar esta causa de despido. El supuesto de falta de adaptación a las modificaciones no engloba, por tanto, aquel en el que al trabajador se le cambia de puesto, asignándole uno que tiene exigencias técnicas distintas al que venía desempeñando y al que no se adapta, pues faltarían los dos elementos mencionados: que el cambio se haya operado en el puesto que se ocupaba y, además, provenga de que en él se han introducido novedades técnicas (TSJ País Vasco 23-11-99, AS 3931).

Oferta de cursos de reconversión o de perfeccionamiento profesional

Para **facilitar la adaptación** del trabajador a las modificaciones de su puesto de trabajo se prevé la posibilidad de que el empresario le ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo de organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. La realización del curso por el trabajador produce los siguientes **efectos**:

- a) El contrato de trabajo queda en **suspenso** por el tiempo necesario y hasta el máximo de 3 meses.

125

127

128

b) Durante el curso, se abona al trabajador el equivalente al **salario** medio que viniera percibiendo.

Por tanto, la apreciación de la causa sólo cabe realizarla transcurridos 2 meses desde que se llevó a cabo el cambio técnico o desde que el trabajador finaliza el curso de adaptación o perfeccionamiento.

La literalidad del precepto permite afirmar que la oferta del curso formativo **no es obligatoria** para la empresa. No obstante, en ocasiones se toma en cuenta para valorar la concurrencia de la causa objetiva de extinción del contrato (TSJ Madrid 10-10-06, AS 204/07).

3. Faltas de asistencia al trabajo

(ET art.52.d)

135 Otra causa objetiva que puede motivar el despido objetivo del trabajador son las faltas de asistencia al trabajo, aun **justificadas** pero **intermitentes**:

- alcancen el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos;
- o el 25% en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses;
- siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos periodos de tiempo.

De este modo, este tipo extintivo contempla las ausencias del trabajador desde una perspectiva completamente objetiva, es decir, **al margen de la culpabilidad** del trabajador computándose tanto las faltas justificadas como las injustificadas. No se computan, sin embargo, los posibles retrasos en los que hubiera podido incurrir el trabajador.

La **finalidad** de la norma es combatir el absentismo en las empresas, otorgando al empresario esta facultad extintiva cuando los niveles globales que soporta son altos, en la medida en que ello acarrea una disfunción importante, no sólo por el coste directo de la ausencia del trabajador (o de su sustitución) sino por el indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas.

Para poder proceder a la extinción debe **medirse**, simultáneamente, tanto el nivel de ausencias que afecta al propio trabajador (**absentismo individual**), como los niveles de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo en el que desempeña su actividad el trabajador objeto de despido (**absentismo colectivo**).

137 **Absentismo individual** Por lo que se refiere al absentismo individual en el que incurre el trabajador al que se pretende despedir de forma objetiva, tiene que tratarse de faltas de asistencia necesariamente **intermitentes**. Estas faltas de asistencia del trabajador deben alcanzar:

- el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos;
- o el 25% en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses;

Debe entenderse por **jornadas hábiles** las que tengan tal carácter de acuerdo con el calendario de la empresa.

PRECISIONES **1)** Está excluido el caso en que se alcanzan los porcentajes de faltas de asistencia exigidos pero por una **única ausencia prolongada** (TS 26-7-05, RJ 7147).

2) A un periodo menos prolongado y más concentrado corresponde un porcentaje inferior, a un periodo no solo más largo sino más dilatado debido a su discontinuidad, se eleva el porcentaje al 25%. Es evidente que se están tomando en consideración periodos integrados por 2 o

por 4 meses y que a ellos se refiere el porcentaje, de modo que no es necesario que el porcentaje (20 ó 25%) se alcance cada mes tomado en cuenta, sino que ha de valorarse en el **conjunto de los meses** -2 ó 4- tomados como referencia (TS 5-10-05, RJ 7790).

Cómputo de las faltas Por lo que se refiere a cómo deben computarse los meses, se plantea la duda de si se trata de meses naturales -de 1 a 30 ó 31 del mismo- o de períodos de tiempo equivalentes a contar desde un día cualquiera. La doctrina de suplicación ha señalado que la referencia al **período mes** debe entenderse hecha a meses naturales, de calendario, esto es, a períodos que comienzan el primer día de cada uno de los doce meses del año y concluyen en el último día de éste. Se trata de un criterio absolutamente objetivo, sin que tal cualidad pudiera predicarse si la decisión de la determinación del comienzo y el final de los períodos -de absentismo y de referencia- pudiera quedar en manos del empresario. Por otra parte, el mes es un período de tiempo muy utilizado en el Derecho del Trabajo en muchos supuestos: la determinación del salario regulador del despido, de la base reguladora de las diversas prestaciones de la Seguridad Social, el abono del salario. Siendo así que, en todos ellos, la referencia al mes lo es por mes natural y no por meses contados de fecha a fecha a partir de una cualquiera. En definitiva, los períodos de 2 y 4 meses deben entenderse referidos a meses de calendario (TSJ País Vasco 24-10-06, AS 717/07).

La **última falta** (justificada y computable o injustificada) actúa como día final (dies ad quem) para la determinación de los períodos de referencia y como día inicial (dies a quo) para el plazo de que dispone el empresario para despedir. Se ha considerado que dicho **plazo**, a falta de previsión específica, es el de un año (ET art.59) (TSJ Baleares 15-1-99, RJ 81).

No se computan como faltas de asistencia las ausencias debidas a: huelga legal, por el tiempo de duración de la misma; el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; accidente de trabajo; maternidad; riesgo durante el embarazo o la lactancia; enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones; tampoco se computan las 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 20 días consecutivos.

Dentro de la lista de excepciones se incluyen también las ausencias de las trabajadoras motivadas por su situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda.

Por **convenio colectivo** pueden ampliarse los conceptos que cabe considerar excluidos del cómputo del índice de absentismo.

PRECISIONES La exclusión de la baja acordada por los servicios sanitarios oficiales por **enfermedad o accidente no laboral**, se refiere únicamente a supuestos en que la baja tenga una duración de más de 20 días consecutivos. Esto significa que cuando existan varios períodos de baja **debidos a la misma enfermedad**, si cada uno de ellos ha durado menos de 20 días deben computarse a efectos de un posible despido por causas objetivas y ello al margen de que la suma de los distintos períodos supere los 20 días pues, en todo caso, no serían **días consecutivos** (TS 24-10-06, RJ 8104 ; 27-11-08, RJ 386/09). Esta regla, que permite excluir en las condiciones señaladas las **ausencias consecutivas superiores a 20 días**, parece contradictoria con la exigencia de la intermitencia de las faltas, pero en realidad se trata de dos previsiones legales distintas que son compatibles entre sí: una cosa es la exigencia de la **intermitencia en las ausencias** al trabajo y otra diferente es que, producida dentro de esa intermi-

138

139

tencia una baja por enfermedad durante más de 20 días consecutivos, tal baja no se compute. La decisión de limitar el rigor del cómputo del absentismo mediante esta previsión legal así entendida (y por tanto contrayéndola exclusivamente a sus propios términos) supone al mismo tiempo el absoluto respeto al requisito legal de la intermitencia, que incluso por su dicción literal (con la conjunción adversativa pero) expresa la voluntad de la Ley de que en todo caso ha de producirse dicha intermitencia en las faltas al trabajo (TS 26-7-05, RJ 7147). Por ejemplo, se computaron las bajas producidas en los meses discontinuos de enero, junio, julio y septiembre, alcanzando las faltas durante esos periodos 9, 9, 3, 4, 1, 2, 1, 4 y 7 días, que superan el límite del 25% de absentismo en 4 meses discontinuos –y que, además, suponen intermitencia. No computó la empresa, sin embargo, las faltas producidas en los meses de febrero y marzo que sumados excedían de 20 días consecutivos (TS 27-11-08, RJ 386/09).

141 **Absentismo colectivo** Por lo que se refiere al absentismo colectivo, como segundo requisito para poder despedir por esta causa, se exige que durante el mismo periodo en el que el trabajador ha incurrido en las mencionadas **faltas de asistencia**, el índice de absentismo del resto de trabajadores alcance al 5% del total de la plantilla del **centro de trabajo**.

Deben **excluirse**, a efectos de determinar el índice de absentismo colectivo, las faltas de asistencia que no se computan para determinar el absentismo individual, entre otros motivos, porque la finalidad esencial de esta previsión es la lucha contra el absentismo laboral, pues esta particular figura de despido objetivo no es otra cosa que un arma o instrumento establecido por el legislador en contra del mismo, para lograr su reducción. Pero esta finalidad está pensada sobre todo en relación con aquella clase de absentismo que de algún modo es imputable a la **voluntad del trabajador** o de los trabajadores, normalmente formado por ausencias al trabajo de escasa duración e intermitentes (TS 23-1-07, RJ 1590; 18-9-07, RJ 7877).

Del cómputo quedan también excluidas las ausencias referidas para determinar las faltas de asistencia del **empleado despedido** (TS 23-1-07, RJ 1590), pero se incluyen las del **trabajador que pretende ser despedido**.

4. Insuficiencia de la consignación presupuestaria

(ET art.52.e)

145 En el caso de **contratos por tiempo indefinido** concertados directamente por las **Administraciones Públicas** o por **entidades sin ánimo de lucro** para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, el contrato puede extinguirse por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Este tipo de contrataciones laborales realizadas para prestar servicios en el marco de planes o proyectos financiados con subvenciones públicas, en la medida en que se refieran a **actividades básicas** a prestar por las Administraciones –servicios de seguridad, de asistencia social, de ayuda domiciliaria...– deben ser indefinidas y su extinción, cuando concluye o se reduce la subvención, debe articularse por esta causa de extinción. La causa extintiva únicamente puede ser aplicada a contratos indefinidos, bajo cualquier modalidad y sin preferencias concretas por algún

colectivo de trabajadores, siempre que se hubieran concertado para la ejecución de planes y programas públicos concretos.

Esta causa de despido objetivo resulta específica concreción de la causa extintiva objetiva de amortización de puesto de trabajo (nº 200 s.), cuando se refiere a causas económicas pero, a diferencia de aquél, establece una **presunción** que no admite prueba en contrario (iuris et de iure) de **imposibilidad de continuación del trabajo** cuando se produce la reducción presupuestaria.

Los **sujetos empleadores** únicamente son las Administraciones Públicas y las entidades sin ánimo de lucro. Se impide así que puedan acogerse a esta modalidad extintiva aquellas entidades privadas que realicen la ejecución (amparada bajo alguna forma contractual civil, mercantil, o incluso administrativa) de los referidos programas públicos y que contraten personal laboral para la realización de los mismos.

PRECISIONES 1) **Inicialmente**, se consideró que cuando una Administración Pública desarrolla una determinada actividad financiada con cargo a subvenciones procedentes de otra Administración –y no de su propia consignación presupuestaria– era lícito y adecuado acudir a la contratación temporal de trabajadores mediante el **contrato para obra o servicio determinado**. De este modo, se admitía la posibilidad de vincular la duración de los contratos con el mantenimiento de la subvención. Cuando la subvención se suspendía o denegaba, se acudía a la extinción del contrato temporal (TS 15-1-97, RJ 497; 11-11-98, RJ 9623; 18-12-98, RJ 307/99; 19-2-02, RJ 6464).

Sin embargo, esta doctrina fue rectificada expresamente en **pronunciamientos posteriores** para afirmar que del carácter anual de los planes, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquellos subvencionan, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los **servicios básicos** que las mismas financian. Uno de los argumentos que emplean los tribunales para justificar este evidente, aunque no explícito, cambio de doctrina es precisamente que, al reconocerse como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación (TS 21-3-02, RJ 5990; 10-4-02, RJ 6006).

2) Esta interpretación es aplicable no solo a las **Administraciones** (TS 21-3-02, RJ 5990; 10-4-02, RJ 6006) sino también a **fundaciones** cuya función u objeto consista en la realización de algunas de las actividades para cuyo desempeño realicen la contratación, compartiendo también con las Administraciones Públicas la falta de ánimo de lucro y la actuación habitual a través de ayudas o subvenciones por parte de los poderes públicos (TS 8-2-07, RJ 1900).

3) Se ha considerado también aplicable la extinción por causas objetivas por insuficiencia de consignación en el caso de una **sociedad pública sin ánimo de lucro** (TSJ Cataluña 16-1-07, JUR 220732).

146

Requisitos El motivo extintivo opera de acuerdo con los siguientes presupuestos:

1. Cuando la ejecución de los planes y programas públicos determinados **carezca de dotación económica estable**.
2. El funcionamiento de la causa extintiva requiere que la **financiación** de los planes y programas en los que trabaja se realice mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista.
3. Debe producirse la **insuficiencia** de la correspondiente consignación para el mantenimiento del **contrato de trabajo** de que se trate. Respecto a este último requisito se ha señalado que para que sea aplicable esta causa es necesario que la dotación

148

económica del puesto de trabajo se financie con los ingresos procedentes de la concesión. En caso contrario, la mera eliminación de la consignación económica no es suficiente para justificar la extinción del contrato (TSJ C.Valenciana 28-6-07, JUR 309798).

5. Amortización del puesto de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

(ET art.51.1, 52.c y 53)

155

El empresario tiene la posibilidad de decidir extinguir el contrato de trabajo cuando exista la **necesidad objetivamente acreditada** de amortizar puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en número inferior al establecido para el despido colectivo (nº 200 s.).

El factor que determina que se utilice el procedimiento previsto para el despido individual por circunstancias objetivas, o el expediente de regulación de empleo para los despidos colectivos es el **número de trabajadores afectado**. Al despido por causa de amortización de puesto de trabajo también se le denomina despido plural o despido colectivo menor.

Las **causas** que justifican la amortización del puesto de trabajo aparecen diferenciadas en atención al tipo de factor o ámbito de la empresa en que inciden. El legislador ha querido distinguir cuatro esferas o **ámbitos de afectación** en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos (TS 14-6-96, RJ 5162):

- la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción (causas técnicas);
- la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal (causas organizativas);
- la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (causas productivas»);
- la esfera o ámbito de los resultados de explotación (causas económicas, en sentido restringido).

Se trata, sin embargo, de una clasificación relativa y con carácter más teórico que práctico en el sentido de que todas las causas mencionadas comparten, en definitiva, un sustrato de tipo económico. Ello explica que lo relevante a la hora de analizar la procedencia o no del despido no va a ser si la calificación de la causa como económica, técnica, organizativa o de producción es correcta, sino si concurre realmente la situación que justifica el despido. Prueba de esa indiferenciación entre las diversas causas es también el hecho de que algunas de circunstancias que pueden ser causa de despido objetivo –por ejemplo, el recurso a instrumentos para externalizar parte de la actividad empresarial– difícilmente pueden reconducirse a una sola de ellas.

En todo caso, mantiene interés la **distinción** entre las **causas económicas**, por un lado, y las **causas organizativas, técnicas o de producción**, por otro, entre otras cosas porque el propio legislador las diferencia al señalar que el empresario ha de acreditar la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la supera-