



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de Grado

El tratamiento
judicial de las
personas con
discapacidad

Sara Díaz García

Tutora: María Pilar Álvarez Barbeito

**Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección
de Empresas**

Año 2017

Índice

1. Antecedentes de hecho	4
2. ¿Cómo calificaría jurídicamente la decisión de la empresa?	6
2.1. INTRODUCCIÓN.....	6
2.2. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	7
2.3. APLICACIÓN PRÁCTICA AL SUPUESTO	16
3. ¿Tienen motivos todos o alguno de los trabajadores para emprender algún tipo de acción legal?	20
4. ¿Tienen derecho algunos o todos los trabajadores a exigir alguna indemnización? ¿Por qué motivos? ¿Podría alguno de ellos exigir que se le reincorpore al puesto de trabajo?.....	26
5. Conclusiones	28
6. Bibliografía	30

ABREVIATURAS

Art.: artículo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

ET: Estatuto de los Trabajadores

IT: Incapacidad Temporal

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Núm: número

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto Legislativo

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

TTSSJJ: Tribunales Superiores de Justicia

1. Antecedentes de hecho

Doña Carmen Fernández, Don Agustín Ramírez y Don Sergio Gámez trabajan para la empresa CONTRATOPHONE S.A., con sede en A Coruña.

Todos ellos son miembros de un equipo de trabajo compuesto por 20 personas, cuyo objetivo es realizar la venta de unos servicios de telefonía a unos clientes con unas necesidades concretas en la campaña "Primavera Fantástica". Con fecha de 23 de abril de 2017, uno de sus superiores inmediatos les informa en su lugar de trabajo de que la campaña está siendo un éxito gracias al buen desempeño del equipo.

Doña Carmen sufre un accidente de tráfico el día 2 de mayo, padeciendo un "latigazo cervical" de acuerdo con el informe médico. Ese mismo día es atendida, y le es librado comunicado de baja médica por incapacidad temporal, iniciando proceso de IT que finaliza el día 26 de mayo.

El día 22 de mayo recibe la siguiente carta: *"La Dirección de la empresa le comunica que rescinde su contrato de trabajo por la bajada de su rendimiento, que se manifiesta de manera continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible.*

Las advertencias e intentos de corrección no han sido atendidas por usted, haciendo caso omiso de las mismas. Como muestra de ello, su media de ventas durante la campaña es de 13.6 productos al día, siendo una media inferior a la de otros compañeros de su campaña e inferior también a la venta de 20 productos, número previsto para la compañía".

Por su parte, a Don Agustín se le notifica la rescisión de su contrato el mismo día 22 de mayo a través de otra carta. En ella, se le comunica que la empresa opta por extinguir su contrato al no haber acudido a su trabajo en 21 días sobre las 80 jornadas que le correspondería haber trabajado en los meses de octubre y noviembre de 2016 y en los meses de marzo y abril de 2017.

Don Agustín ha presentado siempre justificante médico de sus ausencias. En concreto, el desglose de sus ausencias el siguiente:

- En octubre se ha ausentado tres días durante la primera semana del mes por un fuerte dolor en la zona cervical, y en la tercera semana se ausentó dos días por una gastroenteritis.
- En noviembre, inició proceso de incapacidad temporal por bronquitis, no acudiendo a su puesto de trabajo durante 6 días por ese motivo.
- En marzo, se ausentó 4 días al sufrir una reacción alérgica.

- En la primera semana de abril, se ausentó de su puesto de trabajo 4 días por fuertes dolores de cabeza y vómitos, y en la última semana se ausentó dos días debido a su estancia en el hospital por un tratamiento de cáncer que le había sido diagnosticado apenas unos días antes.

Por su parte, a D. Sergio se le comunica el día 23 de mayo la rescisión de su contrato por absentismo laboral en el 54% de los días de trabajo en los meses de febrero y marzo debido a recurrentes dolores de cabeza.

Don Sergio es Secretario de Organización del sindicato CGT desde el día 19 de junio de dos mil quince, teniendo reconocida una incapacidad permanente total con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE S.A.

Además, es parte de una sección sindical desde el día 17 de mayo, apenas unos días antes de recibir la carta de despido, si bien el día 15 de mayo la empresa había notificado al comité de empresa su intención de rescindir su contrato.

Tras haber recibido las cartas, los trabajadores buscan consejo jurídico y se plantean emprender acciones legales contra CONTRATOPHONE S.A.

2. ¿Cómo calificaría jurídicamente la decisión de la empresa?

2.1. INTRODUCCIÓN

A tenor de los antecedentes de hecho que se exponen en el caso, es clara la existencia de una relación laboral sobre la cual se desarrolla el supuesto. De esta forma, en el negocio jurídico que nos atañe se constituye como empleador la empresa Contratophone SA y como empleados Doña Carmen Fernández, Don Agustín Ramírez y Don Sergio Gámez como empleados.

No es objeto de este supuesto analizar en detalle los requisitos necesarios para constituir un contrato. Sin embargo, consideramos relevante mencionarlos puesto que sin su concurrencia, el negocio jurídico no sería válido. En virtud del artículo 1261 del Código Civil- en adelante CC-, consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca se presuponen válidos en tanto que en los antecedentes de hecho no se realiza mención a vicio alguno en la celebración del contrato.

De la misma forma que existen unas condiciones para determinar la validez en la constitución de un contrato, para su extinción también son observables determinadas pautas. Una de las vías de la extinción del contrato de trabajo es el despido del trabajador, según el artículo 49.1.k) del 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- en adelante ET¹. Se trata de una decisión unilateral por parte del empleador, ya que el sujeto pasivo de la misma es el empleado- de ahí que sea un presupuesto fundamental la existencia previa de un contrato laboral.

Ante esto, y el poder que las entidades mercantiles tienen actualmente en el mercado laboral, es de suma relevancia la creación de un marco normativo que garantice la protección de los trabajadores². Es decir, que busque la tutela y el asentamiento de determinados principios y normas con el fin de asegurar su protección.

Incardinándose el supuesto dentro de la rama de Derecho laboral, atendemos a un amplio cuerpo de leyes que se encarga de amparar los derechos de los empleados. Como

¹ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

² Valverde, A. M., Rodríguez-Sañudo, F., García, J. *Derecho del Trabajo*, 23ª Ed. Tecnos, Madrid, 2014. Dispone que “*el Derecho del Trabajo es un sector del Ordenamiento jurídico que se ocupa de la regulación del fenómeno humano del trabajo, después de haber alcanzado éste un grado de complejidad tal que la organización del trabajo se convierte en un problema social y político*”.

no podía ser de otra forma, debemos partir de la mención expresa que hace la Constitución Española- en adelante CE- en su artículo 14 a la igualdad de todos los españoles, sin haber lugar a discriminación alguna.

Pero la carta magna no se detiene aquí, sino que prosigue en el siguiente artículo 15 asegurando que *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”*. Adicionalmente, erigiéndose como principio rector de la política social y económica, el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud.

En consonancia, las normas vigentes del mundo laboral secundan el principio de no discriminación recogido en la CE. Entre ellas, cabe destacar el ET el cual recoge determinados artículos clave en el desarrollo de este trabajo. Por un lado, reconoce a través del artículo 55, como básico, el derecho de los trabajadores a *“la no discriminación directa o indirecta para el empleo o, una vez empleados (...) por razón de discapacidad siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”*. Pero además, se hace mención expresa a esta no discriminación en su artículo 4³ así como en el artículo 17, este último destinado en su integridad a los supuestos de no discriminación.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social⁴ también forma parte del cuerpo normativo que tiene por objeto garantizar la igualdad de trato y de oportunidades. Así se recoge en su artículo primero, donde se presenta la existencia de un régimen de sanciones aplicable ante el incumplimiento de lo dispuesto en la misma.

Esto en lo referente al ámbito nacional. Sin embargo, a nivel internacional como no podía ser de otra manera, la preocupación también es extrema y continua por establecer la unidad y la armonía entre las distintas normas. Así, a lo largo de este trabajo emplearemos tanto jurisprudencia como legislación procedente del Derecho Europeo.

2.2. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Atendemos a la uniformidad de la doctrina en cuanto a calificar como nulo el despido derivado de un supuesto de discriminación hacia el trabajador. Esto así en tanto que los artículos 53.4 y 55.5 ET exponen que *“será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”*.

Un supuesto de nulidad de despido por razón de discapacidad se encuentra en el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia – en adelante TSJ- de Madrid. Concretamente, en la STSJ de 6 de marzo de 2015 (REC194/2015). En esta, la parte actora la constituye un empleado que tenía reconocida una discapacidad del 33% y presta trabajo a una entidad mediante un contrato temporal. La empresa convoca un

³ Art 4.2. ET. *“En La relación de trabajo los trabajadores tienen derecho a: (...) no ser discriminados directa o indirectamente (...) por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”*.

⁴ BOE núm.289, de 3 de diciembre, de 2013

proceso de selección para el ingreso de empleados fijos de distintas categorías profesionales.

Existiendo un turno de discapacidad y un turno libre, la asignación de las plazas se lleva a cabo mediante la superación de determinadas pruebas. Cada uno de los turnos tiene unas plazas determinadas las cuales, en caso de no ser cubiertas, no son acumulables y por tanto no se cubren entre sí, especificándose esta cláusula expresamente en la convocatoria. Además, al empleado demandante se le especifica que, en caso de que la plaza que venía ocupando fuese cubierta, se rescindiría su contrato.

Finalmente, las plazas destinadas al turno de discapacidad son cubiertas por una persona procedente del turno libre- ya que ninguno de los opositores del turno de discapacidad había superado las pruebas.

La parte actora, que solicita la calificación de despido nulo pues alega se ha lesionado el principio de igualdad por razón de discapacidad encuentra estimada su pretensión. El Tribunal finalmente considera que *“el despido del recurrente trae causa de la inobservancia de las reglas establecidas en materia de protección a la discapacidad”* calificando como nulo el despido del empleado.

La controversia por tanto se plantea ante la siguiente situación: despido del trabajador durante una situación de incapacidad temporal- en adelante IT- derivada de una enfermedad. Es decir, cuando el empleado se encuentra incapacitado para el desarrollo de la actividad laboral como consecuencia de determinadas dolencias, sin llegar a adquirir legalmente la calificación de discapacitado. Debemos traer a colación que, durante este período de incapacidad temporal, el contrato de trabajo se encuentra en suspensión⁵.

Si realizamos una revisión legislativa y jurisprudencial, cambio e inestabilidad son dos posibles adjetivos que propiamente podrían calificar su evolución. La doctrina de los distintos Tribunales a lo largo de estos años es tan voluble que actualmente existe una brecha que deja entrever opiniones dispares en el marco europeo y nacional.

Consecuencia de ello, el enfoque que de aquí en adelante se otorgará a este apartado y que nos permitirá llegar a la calificación jurídica de la decisión de la empresa, conllevará en parte un análisis histórico de la normativa.

Centrándonos en la doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en adelante TJUE-, esta ha sufrido dos grandes modificaciones. En un primer momento, a través de la resolución de una cuestión prejudicial propuesta por el Juzgado de lo Social número 3 de Madrid, mediante la Sentencia de 11 de junio de 2006 (Asunto C13/2005)- caso Chacón Navas-, este Tribunal trata de dilucidar si la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que en materia de

⁵ Artículo 45.1.c) ET

despido trata de garantizar la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad, es de aplicación⁶.

Esto es, el supuesto que se plantea- al igual que en nuestro caso práctico- es si el despido de una persona que se encontraba de baja por enfermedad podía ser objeto de protección por parte de esta norma.

Partiendo de la base de que el concepto de discapacidad no se encuentra recogido de forma específica en dicha directiva, el Tribunal concluye que *“una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”*. Y, por si existiese aún algún atisbo de duda, vuelve a afirmar la sentencia que *“la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”*. En conclusión, discapacidad y enfermedad son dos conceptos no equiparables y por tanto no ha lugar a la protección del empleado bajo esta norma.

Esta cuestión prejudicial parte de la consideración que estaban tomando los Tribunales nacionales españoles hasta la fecha en referencia a la calificación jurídica del despido. Así, tras un primer periodo en el cual consideraban como nulo el despido del trabajador, en el momento de plantear la cuestión prejudicial un despido de tales características venía siendo calificado por los mismos como improcedente.

Cabe analizar el motivo de este cambio de parecer doctrinal en el Estado español. La justificación radica en la modificación de la redacción del artículo 55 ET. Si en un primer momento el apartado sexto del artículo defendía que *“el despido de un trabajador que tenga por suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no aprecia su procedencia”*, tras la nueva redacción del artículo derivado de la aprobación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁷ se suprime la mención expresa a la nulidad del despido cuando el contrato se encuentra en suspenso.

Tras el pronunciamiento del TJUE sobre el caso Chacón Navas, los Tribunales españoles continuaron con su interpretación. Prueba de ello es la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 2008 (RJ/2008/5533). En ella, el demandante de profesión peón presta sus servicios a una compañía de construcción. En un período de incapacidad temporal por enfermedad, el mismo recibe carta de despido cuya causa-alega la parte demandada- se debe al bajo rendimiento en el trabajo.

La entidad empleadora reconoce la improcedencia del despido en un primer momento *“por entender que el bajo rendimiento del trabajador está justificado por su situación de IT, por razón de enfermedad y ha consignado en el Juzgado (...) la indemnización”*. La pretensión de la parte actora es la declaración de nulidad del despido, alegando

⁶ De conformidad con el artículo 3, apartado 1, letra c), dicha Directiva se aplicará, a todas las personas- dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea- en lo que respecta tanto al sector público como al privado, en relación con las condiciones de despido.

⁷ BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

vulneración de su integridad física y moral y la discriminación por su situación de IT⁸. Siendo reconocida en primera instancia la improcedencia del despido, tras la presentación del diligente recurso, en segunda instancia el Tribunal Superior de Justicia declara la nulidad del mismo. La entidad empleadora ante ello, impone recurso de casación para la unificación de doctrina.

El Tribunal Supremo es tajante a la hora de expresar su parecer. Declara, en base a otros pronunciamientos que *“la enfermedad no está concebida con carácter general como circunstancia o factor de discriminación, razón por la cual no puede operar como elemento determinante de la nulidad de una decisión empresarial”* trayendo a colación, como era de esperar, el caso Chacón Navas.

La armonía normativa que ha sido estudiada a lo largo de este apartado se fisura a partir año 2013 en adelante. A raíz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹ se produce un cambio en el enfoque del TJUE sobre la calificación jurídica del despido. Englobándose por vez primera en un cuerpo normativo, se entiende que *“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*¹⁰.

Mediante esta nueva regulación, el TJUE esencialmente incluye el concepto de enfermedad en el término de discapacidad. Consecuentemente, el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal se encuentra amparado bajo la Directiva 2000/78/CE. Ahora bien, la equiparación entre enfermedad y discapacidad se encuentra sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos. El análisis y evaluación de los mismos corresponde a cada Estado.

Este cambio contundente en la doctrina del TJUE se plasma en tres sentencias, que procedemos a analizar. La primera de ellas, sentencia de 11 de abril de 2013 (TJCE/2013/122), da respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas, otorgando una clara identificación de qué se engloba el término.

Concretamente, el caso versaba sobre el despido de dos trabajadoras danesas mientras se encontraban de baja por enfermedad. Debido a dolencias dorsolumbares estas no podían realizar un trabajo a tiempo completo y son despedidas por la empresa. De nuevo, lo que se trata de discernir es si el despido en estas circunstancias constituye discriminación y por tanto es contrario a la Directiva 2000/78/CE o no. El fallo del Tribunal aporta conclusiones determinantes:

- 1) *El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (...) debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas*

⁸ Derechos reconocidos en los artículos 15 y 14 CE, respectivamente.

⁹ Aprobada mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

¹⁰ Artículo 1 Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

- 2) *La reducción del tiempo de trabajo puede constituir una medida de ajuste. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador.*
- 3) *La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables (...).*
- 4) *La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”.*

En resumen, y haciendo mención a los puntos que son más de nuestro interés, el Tribunal apunta que bajo el término discapacidad se pueden englobar tanto a aquellas personas que la sufren de forma inherente desde su nacimiento así como a aquellas personas que las padecen a lo largo de su vida, siendo estas limitaciones curables o incurables. Otro de los requisitos que se recalcan es el carácter a largo plazo que ha de tener la enfermedad.

Adicionalmente en los párrafos tercero y cuarto, no se hace otra cosa que otorgar una mayor protección ante el despido de personas con discapacidad, confirmando libertad al Estado miembro de la UE de que se trate para evaluar las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Se reafirma el TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2014 (TJCE/2014/367), en la cual evalúa el despido de un trabajador por obesidad. De esta forma establece que “corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos”, en referencia a lo expuesto anteriormente.

Por último, es en la sentencia de 1 de diciembre de 2016 (TJCE/2016/308)- Caso Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros- donde se recogen de forma más precisa algunas anotaciones.

Se trataba de un empleado que debido a un accidente laboral se disloca un codo, por lo que su dolencia física tiene la calificación de eversible. El TJUE, tal y como hemos mencionado, en su reciente concepción de discapacidad comprende aquellas discapacidades debidas a accidentes. Así se plasma en esta sentencia cuando el Tribunal indica que *“si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”*.

A diferencia de las anteriores, en este caso el Tribunal trata la perspectiva del largo plazo a la cual califica como requisito necesario para englobar el supuesto dentro del término discapacidad. Asienta por tanto, dos indicios para los cuales debe considerarse que la lesión, enfermedad, o limitación de que se trate tiene una duración a largo plazo:

“Que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”.

Una vez más, el Tribunal atribuye la responsabilidad al Estado miembro en cuestión en cuanto a la comprobación del carácter duradero o de largo plazo de la limitación, al disponer que *“al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”*.

Volviendo al ámbito nacional, los Tribunales Superiores de Justicia- en adelante TTSSJJ- han procedido a secundar la base doctrinal sustentada por el TJUE. Muestra de ello es la reciente sentencia del TSJ, de la sala de lo social del País Vasco, de 19 de diciembre de 2017 (2500/2017).

En ella se parte de una relación contractual laboral entre una empleada y una entidad. Debido a dolores lumbares, la empleada cae en un período de incapacidad temporal. Si bien en un primer momento el proceso de recuperación se engloba dentro del corto plazo- estipulándose según parte médico en una duración de 11 días-, posteriormente este es calificado como de largo plazo- atribuyéndose un pronóstico de duración final en torno a los 200 días.

Durante este proceso, la mercantil adjunta carta de despido a la empleada donde refleja que la causa del mismo son los *“continuos errores en su trabajo habitual”*. El TSJ del País Vasco falla estimando la nulidad del despido al considerar que *“los dos requisitos necesarios para apreciar, en el entorno en el que nos movemos, una posible discriminación son los siguientes: una situación que pueda conceptuarse de limitación de la capacidad de la persona, dentro del ámbito de la discapacidad que legalmente hemos definido; y, segundo, que esa limitación se muestre duradera en el tiempo, como un estado que se presenta prolongado o largo”*.

Además, añade otro punto de especial relevancia cuando establece la carga de la prueba en la persona del empleador. Es decir, parte de la base de que *“resulta difícil pensar que el empleador, cuando tiene cabal conocimiento de todos los extremos”* en lo que se refiere a la durabilidad y a la propia limitación que sufre el empleado, *“quede ajeno a una discriminación activa y directa, (...) entonces, lo que debe concurrir es una carga invertida de la prueba, donde el empleador acredite que su resolución está al margen de todo ellos. Los parámetros objetivos obligan a que el empresario muestre que su conducta es ajena a cualquier discriminación por la IT”*.

Finalmente tras el análisis que realiza el Tribunal sobre la situación de la empleada, termina con la calificación de nulidad del despido en tanto que considera no es suficiente la justificación de la causa extintiva del contrato laboral- recordemos que la empresa alegó errores en su trabajo habitual. Entiende pues que el motivo real del despido fue la situación de incapacidad temporal de larga duración que estaba atravesando la empleada. Esto así, ya que aprecia la conexión temporal existente entre el conocimiento por parte de la empresa de la duración de la incapacidad y el despido. Por tanto, concluye *“que la demandante ha sido discriminada, por su situación de Incapacidad Temporal relacionada con la duración de la misma, la que ha motivado una imposibilidad física relacionada con su estado de salud”*.

Esta orientación, a pesar de ser acogida por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, no lo es por parte del TS. Inesperadamente, Tribunal Supremo ha rechazado este nuevo enfoque manteniendo su postura de declarar como improcedente el despido en situación de incapacidad temporal. Con objeto de verificarlo, su sentencia de 3 de mayo de 2016 (RJ/2016/2125) nos parece un ejemplo más que pertinente en cuanto al caso que nos ocupa.

Una trabajadora mantenía una relación laboral con una entidad mercantil. Como teleoperadora, prestaba sus servicios a la compañía a cambio de una retribución económica. La campaña en la cual estaba trabajando, en palabras de un responsable de la empresa, venía siendo un éxito.

Esta empleada sufre un accidente de tráfico lo que motiva una baja laboral y por tanto un período de incapacidad temporal. Durante ese periodo recibe carta de despido en la cual la causa alegada por la empleadora era la *“disminución en su rendimiento”* por cuanto en ese último mes su ratio de trabajo era inferior al de sus compañeros y al establecido por la compañía.

De la misma forma, en la fecha en que esta empleada es despedida, cuatro trabajadoras más, de nueve que prestaban idénticos servicios que la parte actora y también se encuentran en situación de IT son despedidas. La pretensión de la empleada es la nulidad del despido con fundamento en el hecho de atentar contra su dignidad personal; enmarcándose como discriminatorio al situarse esta en un periodo de incapacidad temporal.

Comienza el Tribunal apreciando que el caso que nos ocupa no se cataloga como un factor listado en el artículo 14 CE, sino que es de suyo un supuesto en el cual se debate la inmersión del supuesto en la segunda parte de la redacción del artículo 14. Es decir, se trata de resolver si *“dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de este precepto constitucional ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o*

social'". Pasa a ahondar en su razonamiento, contrario a la doctrina del TJUE, cuando afirma que "lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)".

Pero prosigue y deja clara su postura rechazando de forma directa la equiparación de enfermedad a la discapacidad: *"la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un 'estatus' que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido".*

En vista de lo considerado por este Tribunal, el marco de protección bajo el que se amparan los discapacitados no es el mismo, ni debe ser, que el correspondiente a aquellas personas que padecen simples enfermedades. Hace específica distinción entre enfermedad curable y discapacidad, caracterizada esta última por el hecho de ser incurable y permanente.

Particularmente, en este supuesto en palabras del Tribunal estaríamos hablando de *"un grupo o colectivo de personas de composición estable (...) con unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades".*

Así pues, se acuerda la desestimación de las pretensiones de la parte actora al considerar no discriminatorio el despido en cuestión. No suficiente con esto, el Tribunal no aprecia ninguna conexión con los despidos de las otras trabajadoras. Es más, apoya a la empresa en su decisión por cuanto debe centrar sus preocupaciones en su productividad y en su buen funcionamiento.

De esta manera, cierra su sentencia concluyendo que *"no nos encontramos en el supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece".* En consecuencia, el despido es declarado improcedente.

Llegados a este punto, debemos completar nuestro análisis estudiando la doctrina del Tribunal Constitucional. Su línea argumentativa coincide con la calificación seguida en un primer momento por el TJUE- despido improcedente en situación de IT- como por el TS español en la actualidad- despido improcedente en situación de IT.

Concretamente, la Sentencia 62/2008, de 26 de mayo de 2008¹¹ marca un hito en la historia. Aborda el caso de un empleado de profesión albañil el cual recibe carta de despido por parte de la empresa cuando esta última es conocedora del cuadro clínico del empleado: poseía una enfermedad crónica que sin embargo, tras haber solicitado la incapacidad en determinadas ocasiones, esta le había sido rechazada. Así pues, la defraudación de la buena fe contractual era la causa que la compañía alegaba. Es decir, tras proceder a la contratación del trabajador, se pone en conocimiento de la entidad las numerosas bajas que en otros puestos de trabajo había tenido el empleado, todas ellas derivadas de sus dolencias físicas.

El empleado por su parte pretende la nulidad del despido solicitando se subsuma el mismo en un supuesto de discriminación, acogándose al artículo 14 CE. La incardinación del supuesto en este artículo, se busca en la segunda parte del mismo. Si bien en un primer momento se realiza una tipificación concreta de un listado de causas como son el sexo, la raza o la religión, en la segunda parte del mismo se deja abierta la posibilidad a otras opciones cuando establece “*cualquier otra condición o circunstancia personal*”. Es en este enunciado en el cual se basa la alegación del empleado.

Pues bien, aunque comienza afirmando la sentencia que “*no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo*”, finalmente el TC falla desestimando el recurso por considerar que no ha lugar a tal discriminación. Es más, el TC aclara la existencia de discriminación “*cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece*” pero no considera sin embargo que sea aplicable al supuesto descrito.

Afirma que no ha lugar a tal supuesto ya que la causa del despido de la compañía se basaba en la incapacidad del trabajador a prestar el servicio para el cual había sido contratado. Es decir, dicho despido se enmarcaría dentro de la calificación de procedente o improcedente, dejando a un lado la nulidad.

Dicha sentencia consta de un voto particular por parte del Magistrado don Jorge Rodríguez- Zapata Pérez, el cual nos parece de suma relevancia mencionar. El magistrado autor del mismo defiende la siguiente postura: un empleado cuyas dolencias físicas le generan dificultades, llegando a ser incapaz en el desarrollo de sus actividades profesionales no es “beneficiado” con el reconocimiento de una pensión por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social. ¿Qué opción tiene? Trabajar. Y, en caso de no comunicar su situación al empleador será tachado de vulneración de la buena fe contractual; pero en caso de hacerlo, las posibilidades de no contratación por parte del empleador son muy elevadas.

¹¹ BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008.

2.3. APLICACIÓN PRÁCTICA AL SUPUESTO

En base a lo expuesto, en este subapartado procedemos a calificar la decisión tomada por la empresa. Según hemos venido analizando, son tres las calificaciones jurídicas que se le pueden dar a un despido: nulo, procedente o improcedente. La cuestión se centra, como se concluye del estudio anterior, en la delimitación del concepto de discapacidad. Si la enfermedad o la limitación en cuestión se enmarca dentro del concepto de discapacidad, el despido será decretado nulo por discriminación; en caso contrario, será calificado como improcedente.

La doctrina del TJUE así como la de los TTSSJJ es clara. Consideran análogos los conceptos de enfermedad y discapacidad siempre que se cumplan determinados requisitos. A su vez recordemos, puesto que es importante en este supuesto, estos Tribunales acuerdan que las limitaciones sufridas pueden ser tanto reversibles como no, y derivadas incluso de accidentes- laborales y no laborales – y siendo todas abarcadas bajo el término discapacidad.

La conclusión que a nuestro parecer se desprende de la jurisprudencia analizada es que ambos órganos tratan de establecer una presunción iuris tantum de calificar como nulo todo despido de trabajador en situación de enfermedad, correspondiendo la carga de la prueba al empresario.

Otro de los aspectos que el tribunal toma en consideración es la duración de la limitación. Si bien, el TJUE hace referencia a la nulidad en aquellos periodos de enfermedad a largo plazo, nos gustaría analizar este requisito de forma particular en cada uno de los casos que se nos presentan.

Así, la situación de incapacidad temporal en la cual se encuentra doña Carmen se establece por un breve periodo de 24 días; es decir, un periodo a corto plazo. A este respecto es sabido que las enfermedades y dolencias pueden afectar de manera diferente a cada individuo.

El despido por parte de la mercantil se produce a los veinte días de su baja y a falta de cuatro días para su reincorporación al trabajo. Nada se dice acerca de la evolución física que sufre la trabajadora. Es decir, esta parte plantea la posibilidad de que, transcurrido el plazo de baja, la empleada siga sin poder incorporarse al puesto de trabajo debido a la permanencia de sus dolencias físicas. Puede tratarse de una enfermedad cuyo plazo se encuentre delimitado por prescripción médica a un breve período de tiempo pero que sin embargo, como no sería de extrañar, el periodo de curación se extienda hasta abarcar un amplio lapso de tiempo¹².

La causa del despido en la carta entregada a doña Carmen se basa en el bajo rendimiento manifestado en la disminución de su media de ventas. Es decir, estaríamos en el supuesto de un despido disciplinario incardinado en el artículo 54 apartado 2 letra e) “*disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*” del Estatuto de los Trabajadores.

Consideramos que la misma no ha sido probada; y, con el fin de justificar esta afirmación, acudimos al enunciado del supuesto. Se detalla que el 23 de abril de 2017

¹² Véase la sentencia del TSJ, de la sala de lo social del País Vasco, de 19 de diciembre de 2017 analizada anteriormente, en la cual una baja inicial de un periodo de 11 días finalmente conlleva casi 200.

uno de los superiores les informa de que la campaña para la cual estaban trabajando estaba teniendo éxito en el mercado gracias a la buena labor que los distintos empleados estaban desempeñando. Esto es un síntoma patente de la conformidad por parte de la empresa del rendimiento de los trabajadores.

Es al mes siguiente cuando, tras haberse iniciado el periodo de baja de doña Carmen, la entidad muestra su disconformidad con los servicios prestados por la empleada. Es decir, en un periodo de siete días laborables – entre el día que se les comunica el éxito de la campaña y el 2 de mayo en el cual doña Carmen sufre el accidente de tráfico- la media de ventas de la empleada cae estrepitosamente. La probabilidad de que la alegación de bajo rendimiento que realiza la entidad sea verídica es bastante baja. Lo que nos lleva a afirmar que la causa del despido que se motiva en la carta no ha sido lo suficientemente probada y que en consecuencia la causa real de la misma está conformada por el periodo de IT de la empleada.

En conclusión, la calificación jurídica que corresponde a este despido es la nulidad del mismo, al tratarse de un supuesto de discapacidad amparado por la Directiva 2000/78/CE. Todo ello al considerar una presunción iuris tantum de nulidad en todos los casos de despido por enfermedad. Consecuentemente, correspondería afirmar que es el empleador quien tiene la carga de la prueba en cuanto a verificar lo que en la carta de despido se alega- y que hemos fundamentado y tachado de falso.

Una vez más dejamos clara nuestra postura al, abandonar la perspectiva del TS español el cual calificaría el despido de improcedente.

En la misma línea se encuentra don Sergio. La comunicación de su despido el día 23 de mayo se debe a su absentismo laboral. En su caso, tiene reconocida una incapacidad permanente total, diagnosticada y reconocida antes de su ingreso en la empresa Contratophone S.A. Pues bien, de nuevo debemos acogernos a la protección, en este caso más clara, de la Directiva 2000/78.

Al ser reconocida legalmente su incapacidad, está clara la incardinación de su discapacidad dentro del concepto de limitación que impide la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional. Nada se dice en los antecedentes de hecho sin embargo, que los dolores de cabeza sean consecuencia de la incapacidad que el trabajador tiene reconocida.

Así pues, no podemos dejar de lado el supuesto en el cual estos dolores de cabeza no trajeran causa de la incapacidad sufrida por el trabajador. En este caso, estaríamos hablando de un despido disciplinario¹³ ya que nada se menciona de aportación de justificantes médicos durante estos periodos de absentismo.

Por otra parte, asumiendo que los dolores de cabeza sufridos por el trabajador son consecuencia de la incapacidad, lo cual a pesar de su no especificación en el caso práctico tiene elevadas probabilidades de ser así, esta parte considera que el trabajador estaría amparado bajo la Directiva 2000/78. Nuevamente, el despido del trabajador debería ser calificado como nulo.

¹³ Artículo 54.1 ET “el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Se considerarán incumplimientos contractuales las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”.

Por último, Don Agustín se encuentra en una situación parecida a doña Carmen. El despido, en su caso se deriva- según se recoge en la carta de despido- de sus ausencias laborales. Ausencias que, como bien se especifica en el caso, han quedado justificadas bajo parte médico pues todas ellas se deben a dolencias y enfermedades físicas.

Si traemos a colación, con el fin de argumentar nuestra posición, el artículo 52 ET, donde se regula la extinción del contrato, establece que este podrá extinguirse *“por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia de los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”*. No obstante, continúa el artículo estipulando que *“no se computarán como faltas de asistencia (...) las ausencias debidas a enfermedad”* como tampoco se computarán *“las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”*.

Parece razonable situar la situación de Don Agustín bajo este supuesto. Además, siguiendo la orientación doctrinal en la cual nos hemos basado en apartados anteriores, si bien en este periodo el trabajador no se encontraba en situación de incapacidad temporal, la causa que alega la empresa en el fondo se centra en las distintas ausencias que el empleado había tenido a consecuencia de sus distintas enfermedades. Por último, cabe destacar el diagnóstico que en el mes de abril se le realizó, padeciendo cáncer. Como es de notorio conocimiento, se trata de una enfermedad cuyo proceso de curación es largo y tedioso, asegurando por tanto un periodo de incapacidad futuro del empleado en la empresa. Es decir, la duración del plazo de la enfermedad no se encuentra firmemente delimitada, sin embargo, es de conocimiento general que los tratamientos de este tipo de enfermedades abarcan largos periodos de tiempo.

Asímismo, hacemos hincapié de nuevo en las fechas en las cuales se producen las actuaciones. Así, don Agustín es despedido en el mes de mayo de 2017 y como motivo de su despido se tienen en cuenta las ausencias temporales del mismo durante los meses de octubre y noviembre de 2016. Todo ello sin olvidar la comunicación del buen hacer en la campaña que estaban llevando a cabo y que, en la carta de despido no se hace mención alguna a la bajada de rendimiento del empleado consecuencia de estas ausencias.

Por todo ello, nos reiteramos en el principio *iuris tantum* expuesto al inicio y declaramos que el despido es consecuencia de las distintas enfermedades, así como el nuevo diagnóstico de cáncer del trabajador. La incardinación de la enfermedad, y la concurrencia de un más que asegurado proceso de incapacidad temporal como consecuencia de dicho padecimiento nos lleva a asegurar la calificación del despido como nulo por discriminación.

No debemos dejar de lado la “casualidad” de la concurrencia de los tres despidos entre los días 22 y 23 de mayo. Es cuanto menos llamativo que el despido de todos los trabajadores se produjesen en las mismas fechas, y todos presentasen alguna enfermedad en su cuadro médico. Esto elimina cualquier duda acerca de la calificación jurídica de cualquiera de los despidos en cuestión. Es decir, podemos afirmar que el motivo principal del despido de los trabajadores venía dado por sus limitaciones físicas o mentales y sus incapacidades de prestar servicio en determinados periodos

temporales; dejando de lado las distintas causas que la empresa, a fin de no ser sancionada, argumentó en las distintas cartas de despido.

En definitiva, en opinión de esta parte, debe ser declarada la nulidad de los mismos por ser contrarios al Derecho de la Unión en tanto en cuanto se produce la vulneración del principio de no discriminación recogido en las distintas normas que generan un marco de protección ciudadana tanto a nivel nacional como internacional. El derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas así como a la protección de la salud deben ser restituidos por los Tribunales.

3. ¿Tienen motivos todos o alguno de los trabajadores para emprender algún tipo de acción legal?

Consideramos que el fundamento central de esta pregunta respecto a la existencia de motivos en el caso particular de cada trabajador ha sido resuelto y completo en la anterior cuestión. Por lo que, al concluir que los tres trabajadores se encuentran en condiciones de emprender acciones legales puesto que se ha atentado contra sus derechos, la respuesta es afirmativa.

Así, será objeto de este apartado ahondar más en la regulación de la calificación jurídica del despido en nuestro ordenamiento jurídico, y posteriormente analizar los aspectos formales de la acción que pueden emprender los demandantes “futuros”.

La facultad de los trabajadores- doña Carmen, don Agustín y don Sergio- de acudir a los órganos jurisdiccionales se puede ejercitar cuando media la decisión de extinción del contrato laboral entre estos y el empresario. El procedimiento judicial que se inicia con la demanda deberá cumplir lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social¹⁴- en adelante LRJS. Por tanto, la interposición de la demanda ante el Juzgado de lo Social competente es requisito sine qua non para el inicio del proceso¹⁵.

Partiendo de la postura que hemos descrito anteriormente, si nos situamos como representantes legales de los trabajadores, se solicitaría al Juzgado la nulidad del despido y, subsidiariamente, la improcedencia del mismo.

Atendemos a los artículos 53 y 54 ET para los casos de despido por causas objetivas y el despido disciplinario respectivamente, para delimitar la calificación de los mismos. Tendrá la consideración de procedente el despido, cuando los hechos reflejados en la carta del mismo- como justificativos de este- hayan quedado acreditados y tengan fuerza para promover la decisión; así como si se cumplen todos los requisitos formales que la ley establece al efecto. En caso contrario, de no quedar acreditado el incumplimiento que en la carta de despido se especifica, así como cuando las exigencias formales establecidas no se hubieran cumplido, el despido será calificado de improcedente. Finalmente, se reputará nulo el despido que *“tenga por móvil alguna de las causas de*

¹⁴ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

¹⁵ Artículo 19 LRJS

*discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.*¹⁶

Sustentándonos en nuestra decisión de calificación jurídica de los distintos despidos, los fundamentos de derecho de la demanda que cabría imponer ante Contratophone S.A. se asentarían en la vulneración del derecho previsto en el artículo 14 de la CE por razón de discriminación. Si bien, nos apoyaríamos en criterios del Tribunal de Justicia de la UE encargado de hacer valer el Derecho de la Unión y que mediante su jurisprudencia ha delimitado los conceptos con el fin de unificar el marco normativo.

Igualmente, el contrato es de suyo un acto constitutivo que produce la extinción de la relación contractual¹⁷. Analizando las cuestiones formales, el plazo que ostenta el trabajador para hacer valer sus pretensiones frente a la mercantil que ha extinguido el contrato laboral es de 20 días hábiles. Así se refleja en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 103 de la LRJS cuando establece que “*el trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido*”. Además, continúa su redacción asentando que “*dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional*”. Esto implica que, a la finalización del plazo sin haber interpuesto demanda, el despido será firme.

Dicho plazo para ejercitar la acción comienza a partir del día siguiente en el cual los trabajadores reciben la carta de despido¹⁸. Es decir, en caso de Doña Carmen y don Agustín, al haberla recibido el día 22 de mayo, el plazo comenzará a partir del martes 23 de mayo; mientras que para don Sergio, al ser comunicado el día 23 de mayo, el plazo comenzará a partir del miércoles 24 de mayo.

Por otro lado, el plazo de caducidad de la acción se suspende ante dos hechos: en el momento de presentación de la solicitud o papeleta de conciliación¹⁹; y ante la solicitud del trabajador de un abogado de oficio ante el Juzgado²⁰. La interrupción del plazo de caducidad mediante su suspensión supone que, de producirse el hecho que determina su suspensión, una vez ha cesado la cuenta de los días que restan el plazo se reinicia. Es decir, el cómputo no se produce de nuevo con un plazo completo- a diferencia de lo que sucede en la interrupción de la prescripción.

Como hemos introducido anteriormente, el intento de conciliación previa es un requisito anterior a la interposición de la demanda²¹. Se lleva a cabo a través de un simple escrito

¹⁶ Se recoge en este artículo a su vez que “*será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (...)* b) *El de las trabajadoras embarazadas (...); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista (...); y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género (...); c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento o paternidad (...)*”.

¹⁷ Así se recoge en el texto de Alfonso Mellado, C.L., Rodríguez Pastor, G. y Salcedo Beltrán C., *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 30-35.

¹⁸ Artículo 121 LRJS

¹⁹ Artículo 63 LRJS

²⁰ Artículo 21.4 LRJS

²¹ Artículo 63 LRJS

denominado “papeleta” donde deben identificarse las partes y el objeto para el cual se presenta- es decir, el despido.

Ambas partes deben acudir a este acto, de manera que su no comparecencia tiene efectos distintos dependiendo de si se trata del trabajador o del empresario. En el primer caso, se entiende como no presentada la papeleta, mientras que si quien no se presenta es el empresario, la conciliación se tiene por intentada sin efecto²².

Por otra parte, la forma en la que se comunica al trabajador el despido también es motivo de reclamación en caso de que no se ajuste a las estipulaciones recogidas en las normas vigentes. De esta manera, el despido es un acto que podríamos calificar como recepticio, en tanto en cuanto no causa efecto hasta que el trabajador recibe la notificación.

Tal y como hemos planteado el supuesto, nos encontramos ante despidos calificados como disciplinarios, como el caso de doña Carmen, así como despidos por causas objetivas, como el supuesto de Don Agustín. Ante la falta de información del supuesto, hemos considerado que el despido sufrido por don Sergio se debe también a causas objetivas.

Debido a esta diferenciación, analizaremos de manera individual los requisitos que ambos engloban:

a) Despido disciplinario.

La forma y los efectos de este tipo de despido se recogen en el artículo 55 ET. Deberá ser notificado por escrito el trabajador, de manera que en el mismo deben figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Adicionalmente, el empresario deberá cumplir otros requisitos formales en caso de que estos se establezcan mediante convenio colectivo.

La importancia de la causa del despido alegada por el empleador es tanta que sobre ella versará toda la controversia que posteriormente se pueda suscitar. Recalca el artículo 105.2 LRJS que el demandado – en este caso la empresa empleadora- no puede alegar causas diferentes en la justificación del despido, distintas a las expuestas en la comunicación.

Debemos atender a la sentencia del TS, de 27 de marzo de 2013 (REC 1808/2013). La cuestión que en ella se plantea es *“determinar, a efectos de calificación del despido, las consecuencias de que no conste, en la comunicación escrita del mismo, la fecha a partir de la cual el despido ha de producir sus efectos”*. Es decir, estamos ante una falta de formalidad en la comunicación del despido.

El Tribunal, siguiendo un criterio uniforme a lo largo del tiempo, hace mención a su sentencia de 21 de septiembre del 2005 (RCUD 822/2004) la cual trae a colación transcribiendo una parte de la misma: *“los efectos de la omisión de los requisitos legales exigidos por el art. 55.1 ET para el despido, entre los que se halla la omisión de la fecha de efectos: es la declaración de improcedencia del despido. Tal conclusión, como expresión de la voluntad de la ley, se refuerza por el hecho de que hay una*

²² Artículo 66 LRJS

expresa previsión legal de subsanación de la omisión de los requisitos de forma, cual es la contenida en el art. 55.2 ET. Por otra parte ninguna norma condiciona tales efectos a que la omisión lo sea -conjuntamente- de todos o de varios requisitos y no de uno solo de ellos. Y por último, son razones de seguridad jurídica para el trabajador despedido las que, sin duda, subyacen a la exigencia de que al serle notificado el despido se le haga saber la fecha en que éste ha de producir sus efectos”.

Adjuntada la carta de despido de doña Carmen en el supuesto práctico, observamos cómo no se hace mención expresa de la fecha en que tendrá efectos el despido, sino que, simplemente se centra en motivar el mismo. Como hemos venido analizando, esto se constituye como una falta de formalidad y vincula directamente a la declaración del despido como improcedente. No obstante, como veremos a continuación esto es subsanable por el empleador.

Por otro lado, si continuamos analizando el propio artículo 55, este dispone que en caso de existir la particularidad de que el empleado fuese representante legal de los trabajadores o delegado sindical debe abrirse expediente contradictorio. De esta forma, deben ser oídos a mayores del interesado, *“los restantes miembros de la representación sindical a que perteneciere si los hubiese”*.²³ En caso de afiliación del trabajador a un sindicato- si el empresario tuviese conocimiento de ello- deberá dar audiencia previa *“a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato”*.

Esta formalidad también ha de tenerse en cuenta, puesto que ha suscitado algún debate. La relevancia de esta audiencia se especifica en la sentencia del TS, Sala 4ª de lo Social, de 16 de Octubre de 2001 (REC 3024/2000). En ella se hace mención al tenor literal de determinadas sentencias por cuanto *“la razón de ser de este trámite de audiencia previa es la conveniencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden ser más vulnerables”*.

Concretamente en esta sentencia se discute la legalidad del aviso- pues la empresa era conocedora de la situación de la afiliación del trabajador- al delegado sindical sobre su intención de despedir al trabajador con un plazo de un día antes de que dicho despido surta efectos. Pues bien, el Tribunal concluye que no se ha cumplido la finalidad del trámite, procediendo decretar entonces la improcedencia del despido ya que *“en tan breve plazo no es presumible que por parte de los delegados sindicales se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado que pudiera dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario o a adoptar medidas que pudieran influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada y a suministrar información al empresario sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado”*.

Procedemos a aplicar esta normativa a nuestro caso práctico, al haber planteado la posibilidad de que el despido sufrido por don Sergio fuese calificado como

²³ En consonancia, el artículo 10.3.3º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical dispone el derecho a *“ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados de un sindicato en particular y especialmente en los despidos y sanciones de este último”* en lo que se refiere a los delegados sindicales.

disciplinario. Por un lado, este se constituye como Secretario de Organización del sindicato CGT desde el año 2015. Por otro lado, este forma parte de una sección sindical.

Respecto a esta última afiliación, si atendemos a las fechas en las cuales se producen las actuaciones, su incorporación se produce el día 17 de mayo, habiendo sido tomada con anterioridad la decisión de despido del trabajador, y comunicada al comité de la empresa con dos días de antelación. En caso de que, aún habiendo sido acordada previamente la decisión por parte del empleador, este tuviese conocimiento de la pertenencia de don Sergio a la sección sindical de la empresa, entendemos que el despido podría ser declarado como improcedente.

Lo mismo ocurriría en el primer supuesto. Sin embargo, tal y como se ha redactado el supuesto, no existe nada que nos de a entender que la Contratophone S.A. tuviese conocimiento previo sobre la afiliación de don Sergio a algún sindicato.

Por tanto, tal y como apunta Cercelén García, J.: *Faltas y sanciones: el expediente disciplinario en la empresa*. Fund. Confemetal, Madrid, 2001, p. 242: “*es conocida la doctrina jurisprudencial de que dentro del derecho a la intimidad de cada persona y de la propia libertad sindical, queda englobado el derecho a no manifestar la afiliación sindical que un trabajador pueda tener, lo que implica la prohibición de que el empresario pueda preguntárselo*”.

Por este motivo, continúa exponiendo Javier Cercelén que “*la jurisprudencia ha entendido que es el trabajador quien voluntariamente tiene que poner en conocimiento del empresario su condición de afiliado a un sindicato al objeto de beneficiarse de esta garantía*”.

En resumen, en caso de calificar como disciplinario el despido de este empleado, no habría lugar a declarar su improcedencia en base a la inexistencia de indicio alguno que llevase a la empresa a conocer la situación del trabajador fuera de su ámbito laboral.

El empresario tiene una segunda oportunidad para cumplir las formalidades en caso de que en un primer intento el despido estuviese viciado de alguna falta. Así se dispone en el apartado segundo de este artículo 55. Este nuevo despido sólo podrá ser llevado a cabo en un plazo de veinte días, surtiendo efectos desde su fecha, y a contar desde el día siguiente al del primer despido.

Tal y como apreciábamos anteriormente, el defecto de forma presente en la carta de despido de doña Carmen, en la cual no se presentaba la fecha del contrato, podrá ser subsanado por parte de Contratophone S.A. en el plazo de 20 días a contar desde el día 23 de mayo- pues como recordemos doña Carmen recibe su carta de despido el día 22 de mayo.

b) Despido por causas objetivas.

Los requisitos en la comunicación en este tipo de despido son similares al anterior supuesto. La exigencia de informar por escrito al empleado, especificando la causa es un ejemplo de ello.

Junto con la entrega de la comunicación, continúa el artículo 53 ET, debe hacerse entrega de una indemnización correspondiente a 20 días por año de servicio, mientras que en los periodos cuya duración sea inferior al año deberá prorratearse por meses - siempre con un límite máximo de doce mensualidades.

En la STSJ de Andalucía, de 16 de Octubre de 2016 (REC 1411/2016) se hace constar la obligatoriedad de este requisito cuando dispone que *“el concepto de condiciones de trabajo incluya la indemnización que el empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo”*.

Además, existe un plazo de preaviso del trabajador de un total de 15 días²⁴ que se inicia con la entrega de la carta de despido al trabajador. Durante este plazo el empleado tiene derecho, con el fin de buscar un nuevo empleo, a una licencia de seis horas semanales- sin esto repercutir en la remuneración económica.

Respecto a estos dos últimos requisitos, el estatuto de los trabajadores recoge que la falta de los mismos- no concesión del plazo de preaviso del trabajador, o bien error en el cálculo de la indemnización correspondiente- no determina la calificación del despido como improcedente. Como consecuencia, el empresario deberá abonar las retribuciones correspondientes a esos días o bien, en caso de que el error se produjese en el cálculo de la indemnización, deberá ingresar la cuantía correcta.

La siguiente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2013 (REC 712/2012) plantea la siguiente cuestión: determinar si en caso de extinción laboral de un alto cargo por decisión de la empresarial, la indemnización por falta de preaviso debe hacerse en casos de desistimiento o también en los de despido improcedente.

Es claro el Tribunal Supremo asentando su doctrina. Entiende que la indemnización por preaviso- es decir, en caso de que no se produzca el aviso de despido en plazo indicado anteriormente- *“se debe siempre que el cese del alto cargo se considera improcedente y la empresa opta por la rescisión indemnizada del contrato y se opone a la readmisión”*²⁵.

²⁴ Art. 53.1 ET

²⁵ Añade que *“La cláusula por preaviso juega cuando el empresario opta por no readmitir, momento en el que se rescinde el contrato por su voluntad y debe abonar la indemnización correspondiente, legal o pactada, y la compensación por el preaviso que se hubiese convenido (...) El problema surge sobre el alcance que la convenida entre las partes ha de tener en un despido disciplinario que, por ser declarado improcedente, da lugar a la doble posibilidad de que el trabajador se reintegre a su puesto de trabajo con la percepción de salarios de tramitación o que cese en el trabajo mediante una indemnización; por ello se ha de concluir que sólo en ése último supuesto se ha prescindido de sus servicios, y en su consecuencia, sólo entonces, es aplicable la cláusula de preaviso, que al no haber sido respetada se traduce en un aumento de la indemnización acordada, igual a los salarios que se hubieran percibido durante el periodo de preaviso convenido, razones que obligan a estimar el motivo...”*

4. ¿Tienen derecho algunos o todos los trabajadores a exigir alguna indemnización? ¿Por qué motivos? ¿Podría alguno de ellos exigir que se le reincorpore al puesto de trabajo?

Debido a la conexión, tal y como se ha planteado el supuesto práctico hasta ahora, entre la pregunta cuarta y quinta, se procederá a contestar a las mismas de forma conjunta ya que consideramos, ayuda a una mejor comprensión.

Solicitando la nulidad del despido para los tres trabajadores, en caso de que estos decidiesen emprender la acción legal que les corresponde dentro del plazo habilitado para ello y el órgano competente estimase sus pretensiones, la nulidad tendría unos efectos determinados.

De ser favorable la sentencia, tanto para los casos de despido disciplinario como de despido por causas objetivas, la nulidad supone la readmisión inmediata del trabajador en el puesto de trabajo que venía desarrollando²⁶. Adicionalmente, la entidad empleadora deberá abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha en que tiene lugar el despido.

Es decir, si la calificación judicial del despido por parte del Tribunal es nula, doña Carmen, don Agustín y don Sergio se reincorporarán a la empresa Contratophone S.A. y, recibirán los salarios que desde el día en que recibieron la carta de despido- asumiendo que fue en esa fecha cuando se produjeron los efectos del mismo- no se les abonaron.

Subsidiariamente, en el supuesto de que alguno de los despidos tuviese la calificación de improcedente, los efectos serán distintos. Dichos efectos, que procederemos a analizar a continuación, se regulan en el artículo 56 ET y 110 LRJS. En el plazo de cinco días, desde la fecha de notificación de la sentencia, se le confiere al propio empresario el derecho a optar entre la readmisión del trabajador o bien abonarle al trabajador una indemnización. Como excepción, debemos apuntar que si el empleado despedido fuese representante legal o sindical de los trabajadores, la opción de reincorporarse o de cobrar la indemnización le corresponde a este. En caso de que este

²⁶ Artículo 55.6 ET

último no opte por ninguna opción, es decir, ante su silencio, se entiende que opta por la reinserción en la empresa. Reinserción que será obligatoria para el empleador.

La indemnización a la cual debe hacer frente el empresario será equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio. Para aquellos periodos inferiores al año, se prorrateará por meses, hasta un límite máximo de veinticuatro mensualidades.

Por otro lado, si el empresario opta por esta segunda opción –abono de importe monetario- se producirá la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, si opta por la readmisión del empleado, deberán abonársele los salarios de tramitación: *“equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación”*. Es decir, si alguno de los trabajadores en caso de ser readmitidos, en el momento de la declaración de la sentencia se encontrase trabajando para otra entidad recaerá sobre el empresario la carga de la prueba de este hecho, lo que le permitirá, en caso de verificarlo eximirse del pago de los salarios de tramitación que se establecen.

Solamente se recoge una peculiaridad en el caso de declararse improcedente para el caso de despidos debidos a causas objetivas. Y es que, de producirse la readmisión del trabajador, este deberá abonarle al empleador las cantidades que recibió como indemnización. Si en lugar de ello se produjese la extinción del contrato y se procediese a la compensación económica del empleado, antes mencionada, se reducirá de la misma el importe correspondiente a la previa indemnización otorgada al empleado.

5. Conclusiones

En nuestra opinión uno de los temas claves que podrían haber sido contemplados en este supuesto es la realización de actividades por parte del empleado en el período de incapacidad temporal. Tras analizar sin entrar en profundidad la jurisprudencia existente, atendemos de nuevo a la no uniformidad de criterios entre los Tribunales. Por un lado, existen sentencias cuyo pronunciamiento se enmarca en un fuerte rechazo al desarrollo de cualquier actividad, pues se configura como incompatible al periodo de IT que afronta el trabajador. Por otro lado, otras sentencias muestran una mayor laxitud al aceptar el desarrollo de determinadas actividades, no considerándolas incompatibles con el periodo de incapacidad temporal.

A modo de ejemplo, la sentencia del TSJ de Galicia, de 20 de marzo de 2012 (ILJ 734/2012) expone el caso de un despido calificado como procedente ya que el empleado que se encontraba en situación de IT llevaba a cabo la realización de determinadas actividades con total normalidad. De esta forma, se aquejaba el trabajador de vértigo, siendo el motivo de su baja laboral.

Sin embargo, el mismo no le incapacitaba para prestar servicios en determinadas viviendas como electricista. Acuerda el Tribunal declarar como incompatible el desempeño de esta actividad por cuanto *“la realización de actividades incompatibles con la situación de IT constituye expresión de deslealtad y una violación grave del deber de buena fe, dado que impide o dificulta el restablecimiento del trabajador y provoca un perjuicio a la empresa y a la Seguridad Social”*. Por tanto se concluye el despido ha de calificarse procedente.

Este ejemplo da pie a continuar con el segundo punto de mi conclusión. El esfuerzo económico a lograr un control de las situaciones laborales es pasado por alto. En cierto modo esa conclusión pretende hacer un llamamiento a ambas partes de la relación laboral por cuanto la defraudación por parte de los trabajadores, así como la vulneración de los derechos de los empleados por parte de las compañías son casos habituales en el día a día.

Si bien, la postura que mantenemos al respecto como se puede intuir dentro del caso práctico, es la consideración de que cada enfermedad afecta de manera particular a cada individuo. En consonancia con lo expresado anteriormente, considero debe darse un tratamiento individualizado a cada caso.

Por otro lado, el cambio conceptual que ha sufrido el concepto de discapacidad, asimilándose el concepto de enfermedad al mismo, supone un cambio de rumbo en la delimitación de discriminación en las situaciones de despido. Se trata, en nuestra opinión, de un avance que aporta seguridad jurídica a los trabajadores. Sin embargo,

esta seguridad jurídica no es efectiva mientras no se produzca la unificación de criterios entre los distintos órganos jurisdiccionales. Es de esperar, a pesar de que hasta la fecha no se acoja a este cambio doctrinal, que el Tribunal Supremo adopte esta visión, pasando todos los despidos a ser nulos y asumiendo la presunción iuris tantum de la misma.

6. Bibliografía

Alfonso Mellado, C.L., Rodríguez Pastor, G. y Salcedo Beltrán C., *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Cercelén García, J.: *Faltas y sanciones: el expediente disciplinario en la empresa*. Fund. Confemetal, Madrid, 2001.

Cruz Villalón, J., García- Perrote Escartín, I., Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J.R, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 201

González González, A., *El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2010.

Valverde, A. M., Rodríguez-Sañudo, F., García, J. *Derecho del Trabajo*, 23ª Ed.Tecnos, Madrid, 2014.

Apéndice jurisprudencial

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 11 de junio de 2006 (Asunto C13/2005)

STJUE de 11 de abril de 2013 (TJCE/2013/122)

STJUE de 18 de diciembre de 2014 (TJCE/2014/367)

STJUE de 1 de diciembre de 2016 (TJCE/2016/308)

- **Tribunal Supremo**

STS de 16 de Octubre de 2001 (REC 3024/2000).

STS de 21 de septiembre del 2005 (RCUD 822/2004)

STS de 22 de septiembre de 2008 (RJ/2008/5533)

STS de 25 de noviembre de 2008 (REC 5057/2006)

STS de 11 de marzo de 2013 (REC 712/2012)

STS de 27 de marzo de 2013 (REC 1808/2013)

STS de 3 de mayo de 2016 (RJ/2016/2125)

- **Tribunal Constitucional**

STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008 (BOE num. 154)

- **Tribunales Superiores de Justicia**

TSJ de Galicia del 20 de marzo de 2012 (ILJ 734/2012)

STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2015 (REC194/2015)

STSJ de Andalucía de 16 de Octubre de 2016 (REC 1411/2016)

STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017 (2500/2017)

Normativa

Constitución Española de 1978

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad.

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- en adelante ET

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Ley Orgánica 11/1986, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.