



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**DESPIDO LABORAL POR  
ABSENTISMO**

Alumna: Carmen Estévez Fraga

Tutora: Pilar Álvarez Barbeito

Doble Grado en Derecho y ADE  
2017/2018



I.	ÍNDICE	
II.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	6
	II.1. Caso práctico.....	6
	II. 2. Introducción al Derecho del Trabajo.....	8
III.	DESARROLLO DE LAS CUESTIONES. ....	10
	<b>III.1. ¿Cómo calificaría jurídicamente la decisión de la empresa?</b> .....	10
	III.1.a) Concepto de despido.....	10
	III.1.b) Tipos de despidos.....	10
	III.1.c) Causas del despido disciplinario y causas del despido objetivo en relación con el supuesto.....	11
	III.1.d) Requisitos formales del despido disciplinario procedente.....	14
	III.1.e) Requisitos formales del despido objetivo procedente.....	17
	III.1.f) Procedencia, improcedencia o nulidad del despido de cada trabajador.....	18
	III.1.g) Conclusiones.....	20
	<b>III.2. ¿Tienen motivos todos o alguno de los trabajadores para emprender algún tipo de acción legal?</b> .....	21
	III.2.a) Naturaleza jurídica de la pretensión impugnatoria del despido.....	21
	III.2. b) ¿Qué órgano es competente para enjuiciar el proceso de despido disciplinario?.....	21
	III.2. c) Plazo para el ejercicio de la acción.....	21
	III.2. d) Conciliación y reclamación previa.....	22
	III.2. e) ¿Qué requisitos debe contener la papeleta de conciliación?.....	22
	III.2. f) ¿Qué consecuencias tiene la no asistencia al acto de conciliación o de mediación?.....	23
	III.2. g) Acumulación de acciones: ¿Es posible la acumulación de pretensiones? ¿Y la acumulación subjetiva de acciones de despido en una única demanda?.....	23
	III.2.h) Demanda: ¿Qué requisitos formales debe respetar la demanda de despido?.....	24
	III.2. i) ¿Qué partes pueden intervenir en el proceso de despido?.....	26

III.2. j) El contenido de la pretensión.....	26
III.2. k) El examen de la demanda por despido.....	27
III.2.l) Conclusiones.....	28
<b>III.3. ¿Tienen derecho algunos o todos los trabajadores a exigir alguna indemnización?</b> .....	<b>28</b>
III.3.a) ¿Qué sujetos intervienen en la indemnización? .....	28
III.3.b) El salario regulador.....	29
III.3.c) ¿Cómo se calcula la indemnización de los trabajadores?.....	30
III.3. d) ¿Qué salario se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización de los trabajadores consecuencia de la extinción de su relación laboral?.....	31
III.3. e) ¿Cuál es el medio adecuado para determinar el importe del salario de despido, en vistas a la indemnización del trabajador consecuencia del mismo?.....	32
III.3.f) ¿Qué conceptos quedan incluidos dentro del salario regulador?.....	33
III.3.g)¿Cómo se computa la antigüedad a efectos de la indemnización por despido?..	34
III.3.h) ¿Es necesario que la indemnización por despido improcedente sea solicitada en la misma demanda? .....	35
III.3.i) La acción protectora de la Seguridad social.....	35
III.3.j) Conclusiones.....	36
<b>III.4. ¿Podría alguno de ellos exigir que se le reincorpore a su puesto de trabajo?</b> .....	<b>37</b>
III.4. a) ¿A quién le corresponde decidir la reincorporación del trabajador en su puesto de trabajo?.....	37
III.4. b) ¿Qué consecuencias tiene la readmisión para cada una de las partes?.....	38
III.4. c) Consecuencias de los incumplimientos por parte del empresario y de los incumplimientos por parte del trabajador en la readmisión.....	40
III.4.c) Conclusiones.....	40
IV. CONCLUSIONES.....	41
V. BIBLIOGRAFÍA.....	44
VI. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	45

## ABREVIATURAS MÁS FRECUENTES

**CC:** Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

**CE:** Constitución Española de 1978.

**ET:** Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, aprobando el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

**LEC:** Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

**LGSS:** Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, aprobando el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

**LJS:** Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

**OIT:** Organización Internacional del Trabajo.

**SEPE:** Servicio Público de Empleo Estatal

**TC:** Tribunal Constitucional.

**TS:** Tribunal Supremo.

**TSJ:** Tribunal Superior de Justicia.

## II. ANTECEDENTES DE HECHO

### II. 1. Caso práctico

#### DESPIDO LABORAL POR ABSENTISMO

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.

## **CUESTIONES**

1. ¿Cómo calificaría jurídicamente la decisión de la empresa?
2. ¿Tienen motivos todos o alguno de los trabajadores para emprender algún tipo de acción legal?
3. ¿Tienen derecho algunos o todos los trabajadores a exigir alguna indemnización?  
¿Por qué motivos?
4. ¿Podría alguno de ellos exigir que se le reincorpore a su puesto de trabajo?

## II. 2. Introducción al Derecho del Trabajo

A lo largo de la historia, el Derecho del Trabajo ha surgido siempre ante una creciente necesidad de la intervención del Estado para regular las condiciones de vida y las relaciones laborales entre los agentes intervinientes en el sistema capitalista que, en sus inicios, se encontraba totalmente a favor de la voluntad unilateral y exclusiva de los empresarios, provocando divergencias políticas entre los colectivos que formaban parte del sistema económico capitalista.

Para compaginar estos intereses surge este Derecho como vía de mediación del conflicto social latente en sus inicios, en busca de un equilibrio en el sistema que posibilitara una continuidad en su desarrollo.

El Derecho del trabajo cuenta con dos vertientes. Por un lado está su labor objetiva, que es la razón de fondo por la cual fue creado, la mediación entre trabajadores asalariados y los propietarios de las empresas capitalistas; y por otro su contenido institucional que va evolucionando según pasan los años dada su necesidad de adaptación a los constantes cambios en el contexto histórico y constituye su manera de ordenar las relaciones laborales así como de promover la redistribución de los recursos.

Además de su función conciliadora, el Derecho del trabajo va encaminado a fomentar el desarrollo de la economía de cada país y se trata por tanto, de una materia altamente variable supeditada a la evolución del paradigma económico, que es a su vez distinto en momentos de crisis que en momentos de expansión económica.

En España las primeras disposiciones reguladoras de esta materia aparecen a finales del siglo XIX, empezando con el derecho del libre ejercicio de profesión u oficio, así como la creación y el desarrollo de la industria. No obstante, ya a mediados de siglo empiezan a aparecer intentos de regular esta materia, especialmente después de la huelga general de 1855 en Barcelona tras la que se procuró la creación de una comisión para estudiar las desavenencias entre trabajadores y fabricantes con el objeto de ayudar al Gobierno a resolverlas de la manera más adecuada. En ese mismo año se procura otro proyecto de ley para la protección de la industria manufacturera que tampoco llega a aprobarse,

No es sino hasta el año 1873 en el cual comienza a tener efectividad este Derecho, empezando por la regulación del trabajo de los menores. De esta manera, poco a poco el Estado va ganando protagonismo en la intervención dentro del Derecho del Trabajo llegando, a finales de siglo a crear la Comisión de reformas Sociales para la promoción del bienestar de la clase obrera. No obstante, el mayor desarrollo normativo llegaría unos años más tarde, a comienzos de siglo hasta el año 1926. En esta época se regula el trabajo de mujeres y de menores, la amplitud de las jornadas de trabajo y su conciliación con un periodo obligatorio de descanso que, si bien antes de estas medidas, resultaba en muchos casos excesivamente reducido, especialmente tras la Revolución Industrial; los salarios, la seguridad e higiene, la asistencia social, los conflictos de trabajo entre otros; concluyendo, en el año 1926, con la creación de un primer compendio de leyes en esta rama del Derecho a partir del Real Decreto-ley de 23 de agosto de 1926 por el que se aprobaba el Código de Trabajo.

Poco después los derechos laborales fueron introducidos en la Constitución, lo que resultó ser un elemento clave para la evolución del mismo. En derecho laboral ha ido evolucionando, acompañado siempre al entorno económico y político hasta llegar a la actualidad en la que España, como acredita el primer artículo de la Constitución, es un “Estado social y democrático de Derecho” que, en virtud de determinados valores<sup>1</sup>, debe fomentar el bienestar de las personas, objetivo que persigue el trabajador al crear las leyes.

Por lo tanto y tal y como veremos reflejado en este estudio, el Derecho del Trabajo influye en tres ámbitos principalmente que son: las relaciones individuales de trabajo, en concreto en lo referente al contrato de trabajo; las relaciones colectivas, como son las que se establecen entre sindicatos y asociaciones de empresarios o entre Administraciones Públicas y empresarios individuales y las relaciones de intervención de los poderes públicos en la promoción del empleo o en las prestaciones de la Seguridad Social<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Vid. artículo 1.1. CE.

<sup>2</sup> Palomeque López, MC. Y Álvarez de la Rosa, M.: *Derecho del Trabajo*, 24ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces., Madrid, 2016, págs..56 a 58, 71 a 73 y 84 a 85.

### **III. DESARROLLO DE LAS CUESTIONES.**

#### **III.1. ¿Cómo calificaría jurídicamente la decisión de la empresa?**

##### **III.1.a) El concepto de despido**

El despido es una institución jurídica mediante la cual el empresario, de manera unilateral, constitutiva y recepticia, extingue el contrato de trabajo, generando como consecuencia el cese de las prestaciones recíprocas esenciales del mismo que se corresponden con la realización de la actividad laboral y el abono de salarios<sup>3</sup>.

Cabe destacar que, dado que la concepción de despido no aparece definida en ningún texto normativo, existen dos teorías acerca de la amplitud de dicho concepto.

La doctrina mayoritaria se muestra partidaria de una definición amplia de despido, entendiéndolo que se refiere a toda cualquier tipo de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral y recepticia del empresario.

Por otro lado, otro sector doctrinal minoritario atribuye dicha categoría únicamente a los actos unilaterales del empresario que causan la extinción del contrato de trabajo derivadas del incumplimiento contractual por parte del trabajador. Esta segunda tesis se engloba en una de las causas de extinción de las obligaciones explicadas en el artículo 1124 del Código Civil, a las que haremos referencia posteriormente.

Nuestra legislación sigue la línea compartida mayoritariamente, considerando que la otra postura no llega a abarcar todos los tipos de despido, sino solo uno, el objetivo.

La institución jurídico laboral del despido abarca una serie de derechos, entre los que destacan el Derecho fundamental al trabajo y el Derecho a la tutela judicial efectiva<sup>4</sup>. Por medio de este segundo derecho, el trabajador somete al control judicial la legalidad de esa decisión unilateral del empresario que pone fin a la relación laboral<sup>5</sup>. En este supuesto, se observará la práctica de la función tuitiva del Derecho laboral en relación con la impugnación de los tres despidos.

##### **III.1.b) Tipos de despidos.**

Toda extinción de una relación laboral debe estar fundamentada en alguna de las causas comprendidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. En dicho artículo se establecen, entre otras, las distintas clases de despido, cuya diferencia fundamental

---

<sup>3</sup> Véase STS (Sala de lo Social) de 12 de mayo de 1988 (RJ 1988/3614)

<sup>4</sup> Véase artículo 24 Constitución Española (CE).

<sup>5</sup> GARCÍA MURCIA, J. "Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 52, 1992, p193

radica en las causas que los motivan, generando efectos ligeramente dispares para cada caso.

En una clasificación inicial, podemos hablar de tres grandes tipos de despido: el despido por fuerza mayor, consecuencia de incendios, terremotos u otras catástrofes, que aparece regulado en la disposición 51.7 del ET; el despido colectivo, regulado en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores; y el despido individual.

Este último, a su vez, puede subdividirse en dos categorías, las cuales son de interés para el supuesto objeto de este estudio, que son el disciplinario y el objetivo.

El despido disciplinario se produce ante un incumplimiento contractual grave y culpable por parte del trabajador<sup>6</sup>, es decir, por causas de índole subjetiva. Mientras que, en el supuesto de despido objetivo no hay incumplimiento contractual alguno por parte del trabajador, siendo la ‘‘causa del despido puramente objetiva’’<sup>7</sup>.

### **III.1. c) Causas del despido disciplinario y causas del despido objetivo en relación con el supuesto**

A continuación, resulta conveniente realizar un análisis detallado de estos dos últimos tipos, comenzando por el despido disciplinario.

El despido disciplinario, consecuencia de un incumplimiento contractual del trabajador, incluido en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, está relacionado con el indebido cumplimiento de sus deberes laborales<sup>8</sup>. Entre las causas enumeradas en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores se encuentran las ‘‘faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo’’, como ocurre con Don Sergio; así como la disminución, continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo de Doña Carmen.

Como ya se ha indicado, resulta preceptivo que dicho incumplimiento por parte del trabajador sea grave y culpable. Pues bien, en relación con el supuesto objeto de nuestro análisis, la gravedad se evalúa de distinto modo en función de la causa. El carácter reiterativo de las faltas injustificadas es lo que conduce a calificar como grave el incumplimiento contractual de Don Sergio. Por su parte, en el caso de Doña Carmen, la continuidad a lo largo del tiempo de su rendimiento a un nivel por debajo de lo requerido, es la circunstancia determinante del despido

Por otro lado, se considera que hay culpabilidad cuando las ausencias del trabajador son injustificadas y la disminución del rendimiento es voluntaria<sup>9</sup>.

A pesar de esta generalización del concepto de gravedad y culpabilidad, cada caso debe ser evaluado de forma individual, con la finalidad de realizar un correcto análisis

---

<sup>6</sup>Véanse artículo 54 y ss. del ET

<sup>7</sup>Vid. Art. 49.1) ET

<sup>8</sup>Vid. art. 5, 20 y 21 ET.

<sup>9</sup>Véase artículo 54.1. letras a) y e) ET.

gradualista entre las consecuencias del despido y el hecho cometido<sup>10</sup>.

Cabe destacar que dicha graduación de las faltas y sanciones se determina en el convenio colectivo correspondiente<sup>11</sup>, que es para este caso el Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU.

A continuación, nos ha parecido oportuno profundizar en el estudio de las dos causas de despido disciplinario que aparecen en el supuesto:

· Faltas de asistencia al trabajo

Las faltas de asistencia al trabajo, repetidas e injustificadas, por parte de Don Sergio, cuyo absentismo llega a alcanzar un 54 por ciento de los días hábiles en los meses de febrero y marzo, cumplen los requisitos de gravedad (reiteración) y culpabilidad (injustificación) explicados con anterioridad. Su elevado absentismo laboral tiene la consideración de falta muy grave, de acuerdo con el Convenio colectivo aplicable<sup>12</sup>.

No sería este el caso de Don Agustín, ya que la justificación de las faltas excluyen la *conditio sine qua non* de culpabilidad, necesaria para entrar dentro del supuesto de despido disciplinario, otorgándole el carácter de objetivo a su despido<sup>13</sup>.

No obstante, resulta oportuno determinar cómo deben ser estas faltas, a fin de computarse para una extinción de la relación laboral disciplinaria u objetiva.

Es preciso que las faltas cumplan una serie de requisitos para que sean computables, y descartar, por tanto, las ocasionadas por el ejercicio de un derecho legítimo (derecho de huelga legal) y las que se deban a una situación especialmente protegida (debidas a accidentes de trabajo, maternidad, enfermedades o accidentes no laborales, etc). Cabe destacar el hecho de que, para que las faltas sean computables a efectos del despido, éstas deberán ser intermitentes, y es indiferente que estén justificadas (despido objetivo) o no (despido disciplinario)<sup>14</sup>.

La justificación de las faltas debe ser realizada por medio de la acreditación de un servicio sanitario oficial, de forma que la ausencia de la misma provoca que el carácter de despido pueda ser disciplinario. A estos efectos es preciso mencionar que se consideran justificadas las ausencias por incapacidad temporal conocidas por el empresario en las cuales el trabajador no haya presentado un parte de baja médica<sup>15</sup>. No obstante, en este caso concreto, el empleador cuenta con el derecho de verificar el estado de enfermedad o accidente aducido por el trabajador a través de un reconocimiento médico. La negativa del trabajador a esta comprobación supondrá la

---

<sup>10</sup>Vid. STS (Sala de lo Social) de 28 de febrero 1991 (RJ 1991/ 883)

<sup>11</sup>Véase art. 58.1 TRLET.

<sup>12</sup>Véase artículo 160 de la Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU.

<sup>13</sup>Vid. Art. 52.d) ET

<sup>14</sup>Véase art. 52.d) y 54.2.a) ET.

<sup>15</sup>Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social) de 23 de junio de 1995 (AS\1995\2415)

suspensión de los derechos económicos a los que está sujeto el empresario en esos casos<sup>16</sup>.

Para que las ausencias del trabajador debidas a enfermedad común o accidente no laboral sean computables a efectos del despido, es imprescindible que sean intermitentes. No se incluyen por tanto, las ausencias con ocasión de una única baja de días seguidos sin interrupción<sup>17</sup>. El propio precepto establece la necesidad de que sean múltiples faltas, y de que se produzcan con una cierta frecuencia, no siendo suficiente con una sola baja inferior a 20 días, ni varias faltas que no sean intermitentes.

Por lo tanto, nos encontramos ante una disposición en el cual concurren dos requisitos que se interrelacionan. En primer lugar, se establece que dichas faltas, aun justificadas, deberán ser intermitentes. En segundo término, se realiza una enumeración negativa, en la cual excluye del cómputo las bajas debidamente acreditadas aquéllas que duren más de veinte días consecutivos. En virtud del mismo artículo, y en relación con el supuesto planteado, tampoco son computables aquellas ausencias que tengan por motivo un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave ni las ocasionadas por enfermedad o accidente no laboral, cuya baja, otorgada por los servicios sanitarios oficiales, dure más de veinte días consecutivos<sup>18</sup>.

Cabe destacar, en relación con este tipo de ausencias ocasionales, que no es necesario que se deban todas a una misma enfermedad y, en caso de varios periodos de baja inferiores a veinte días que, en su conjunto, sumen más de veinte días, éstos computarían, ya que la exención al cómputo solo se da si estos veinte días son consecutivos.

Además, deberán incluirse también en el cómputo los periodos de ausencia que superen los veinte días cuyo periodo de baja se interrumpa durante los fines de semana<sup>19</sup>.

Tras estas consideraciones solo queda analizar, caso por caso, si las ausencias del trabajador concreto son computables o no de acuerdo con la normativa aplicable.

A continuación resulta pertinente estudiar el porcentaje de jornadas hábiles en las que deben concurrir las ausencias del trabajador para poder ser causa de despido, estableciéndose dos alternativas en el artículo 52.d) del ET.

En el caso objeto de resolución, tanto Don Agustín como Don Sergio son despedidos por sus faltas en el trabajo. La carta de despido de Don Agustín se motiva por la falta de asistencia a 21 de las 80 jornadas laborales en los meses de octubre y noviembre del año 2016 y en los meses de marzo y abril del año 2017. Así expuesto, dichas ausencias entrarían en el segundo supuesto del artículo 52.d) ya que el porcentaje de dichas ausencias sobre pasa el límite del 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro del periodo de doce meses establecido. Sin embargo, no resulta de ese modo, dado que la última falta se debió al recibimiento de un tratamiento de cáncer en el hospital, un motivo que, mencionado con anterioridad en esta misma pregunta, conduce a excluir

---

<sup>16</sup>Vid. Art. 20.4 ET

<sup>17</sup> Vid. STS (Sala de lo Social) de 26 de junio de 2005 (RJ 2005/7147).

<sup>18</sup>Vid artículo 52. d) ET.

<sup>19</sup> Véase STSJ (Sala de lo Social, Sección 1º) de 12 de junio de 2010 (JUR\2010\133966)

ese tiempo para el cómputo de las faltas. Así pues, el porcentaje de ausencias resulta mermado hasta llegar a un 23,75 por ciento de las jornadas hábiles de esos meses, generando como consecuencia, la improcedencia del despido de Don Agustín en base a esa causa.

#### · Bajada de rendimiento

Para poder fundamentar el despido en una bajada del rendimiento es imprescindible que dicha disminución sea, en primer lugar, voluntaria. Esta característica descarta cualquier minoración del rendimiento provocado por circunstancias ajenas al trabajador, como sería el caso de Doña Carmen que, al encontrarse de baja por incapacidad temporal, no podía mantener su rendimiento. Así mismo, se requiere que sea continuada, excluyendo aquellas situaciones en las que puntualmente el trabajador ha bajado su productividad. Por último, este descenso del rendimiento se compara con el rendimiento ‘normal o pactado’, es decir, el rendimiento medio habitual precedente del trabajador o el acordado entre las partes<sup>20</sup>.

Resulta conveniente puntualizar que el rendimiento de un trabajador que está de baja justificada temporalmente, como sucede con Doña Carmen, no puede tenerse en cuenta a estos efectos, ya que se trata de una situación que, no solo es necesaria, sino también efímera. Por tanto no es posible alegar esta causa en la rescisión del contrato, siempre y cuando esta situación sea verídica<sup>21</sup>.

### **III.1.d) Requisitos formales del despido disciplinario procedente.**

Para que el despido disciplinario resulte procedente, deberá respetar los requisitos que se exponen a continuación.

#### a) Plazo de prescripción de las faltas

En primer lugar y dado que el paso del tiempo provoca la prescripción de las inasistencias al trabajo, cabría determinar si las faltas están o no prescritas en el momento de su alegación como causa de despido, es decir, si efectivamente el empresario puede incluirlas en el cómputo.

De acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, las faltas muy graves, siendo éstas las que conllevan la sanción del despido, prescriben a los sesenta días desde la fecha en que la empresa tiene conocimiento de su comisión y, en todos los supuestos, a los seis meses de haberse cometido<sup>22</sup>. Por tanto, como se ha indicado previamente, las faltas de Don Sergio tienen la condición de muy graves, de acuerdo con el Convenio colectivo, al no estar éstas justificadas<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup>Véase Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 junio de 2013 (JUR 2013\250722)

<sup>21</sup>Goerlich Peset, JM. y Nores Torres, LE: ‘El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido’ en *Revista de Información Laboral*, nº 11, 2017, págs. 25 – 47.

<sup>22</sup>Vid. Artículo 60.2 ET y artículo 158 Convenio Colectivo de Telefonía.

<sup>23</sup> Velasco Portero, Mª T. Y Miranda Boto, JM.: *Curso elemental de Derecho del trabajo y la Seguridad social*, tercera edición, Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2017, págs 204 a 209.

La interrupción del plazo de prescripción es posible por medio de la presentación de un expediente contradictorio, si se trata de representantes de los trabajadores; y por la audiencia previa de los delegados sindicales, cuando el trabajador cuya relación laboral se ve afectada se encuentra afiliado a un sindicato; así como por cualquiera de las causas del artículo 1973 del Código Civil<sup>24</sup>.

Finalmente y dado que en el supuesto las faltas son continuadas, cabe mencionar que el cómputo de este plazo de prescripción se inicia a partir del día en que se comete la última falta<sup>25</sup>.

#### b) Especialidad para los sindicatos

Cabe destacar que, además de las formalidades generales, existen también unas específicas para aquellos trabajadores que ostenten el cargo de representante legal de los trabajadores, o bien estén afiliados a algún sindicato, siempre que la empresa esté al tanto de esa afiliación.

Ante la extinción del contrato laboral de un trabajador afiliado a un sindicato, como es el caso de Don Sergio, se requiere la celebración de una “audiencia previa” a los delegados sindicales de la sección sindical pertenecientes a dicho sindicato. Esta audiencia previa es un requerimiento formal particular del despido disciplinario<sup>26</sup>.

Dado que dicha audiencia previa<sup>27</sup> no aparece contemplada en el supuesto, Don Sergio podría alegar la improcedencia de su despido disciplinario debida a la ausencia de este requisito formal<sup>28</sup>, debiendo hacer constar su afiliación en la misma demanda de despido<sup>29</sup>.

Asimismo, en este caso particular se abrirá un expediente contradictorio, dada la posición de Don Sergio como Secretario de Organización del sindicato CGT. El objeto principal de estos expedientes disciplinarios no es otro que el de que el trabajador, es decir, Don Sergio, conozca los hechos que se le atribuyen, a la vez que se le otorga la posibilidad de manifestar su parecer junto con la opinión de los otros miembros Delegados de su sección sindical en virtud de las garantías establecidas en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores. Esta medida está asociada a la necesidad de una mayor protección de los trabajadores que ejercen estas funciones, sin embargo, la probación de los hechos expuestos no es preceptiva para la validez del expediente previo<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> Cito textualmente: “la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.” (artículo 1973 CC).

<sup>25</sup> Vid. GARCÍA-PERROTE ESTARTÍN, I. : *Manual de derecho del trabajo*, 7ª ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 655 y SSTS (Sala de lo Social) de 12 de julio 1989 (RJ 1989\5460) y de 15 junio de 1990 (RJ 1990\5465)

<sup>26</sup> Vid. SSTS (Sala de lo Social) de 23 de mayo 1995 (RJ 1995\5897) de 18 febrero 1997 (RJ 1997\1448)

<sup>27</sup> Véase art. 55.1 último párrafo ET

<sup>28</sup> Cfr artículo 55.4 del ET.

<sup>29</sup> Vid. art. 104 d) LJS

<sup>30</sup> Cfr. VVAA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Directores Cruz Villalón. J., García-Perrote Escartín. I., Goerlich Peset. JM. Y Mercader Unuina. JR4º ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2016, págs. 732 – 736..

c) Otras exigencias formales

En este tipo de despido, el comité de empresa deberá tener conocimiento de las sanciones impuestas por las faltas muy graves. Así mismo, en el convenio colectivo aplicable podrán establecerse otros requisitos formales adicionales<sup>31</sup>.

d) La ‘carta de despido’

El despido debe ser notificado por medio de un escrito en el cual aparezcan detallados los hechos motivadores de la decisión de la empresa, expuestos claramente y dejando constancia de la fecha a partir de la cual dicha extinción se hará efectiva. Haciendo referencia a esta exigencia formal de la carta de despido, cualquiera de los tres trabajadores estaría facultado para reclamar la omisión de la fecha en que este acto extintivo produce sus efectos. Esta omisión da lugar a la improcedencia del mismo<sup>32</sup>. Cabe mencionar que la carga de la prueba de los hechos alegados en la carta recae sobre el empresario; y que éste no podrá añadir nuevos hechos en el juicio, adicionales o distintos a los que aparecen en la misma<sup>33</sup>.

e) La notificación

Como último requisito se establece la receptividad del carácter del despido. Es necesario que el trabajador adquiera conocimiento del mismo a fin de poder ejercitar su defensa. En el supuesto objeto de análisis se cumple este requisito por medio de la entrega de la carta de despido a cada uno de los trabajadores con sus respectivas causas.

f) Nuevo despido disciplinario

Como podemos observar, la empresa CONTRATOPHONE S.A. ha omitido alguna de las exigencias formales del despido disciplinario de Don Sergio. No obstante la empresa cuenta con la posibilidad de realizar un nuevo despido en el cual no omita estos requisitos. Este nuevo intento podrá realizarse dentro de un plazo de veinte días a contar a partir del día siguiente a la fecha en que se produjo el primer despido. Así mismo, la empresa deberá otorgar los salarios devengados en los días intermedios al trabajador, en este caso Don Sergio, debiendo mantenerlo dado de alta en la Seguridad Social<sup>34</sup>.

Otro modo de realizar el nuevo despido sería por medio del artículo 110.4 LJS. Esto es, no sería una subsanación del anterior sino un nuevo despido, independiente del anterior y efectuado tras la declaración de improcedencia del primer despido. De acuerdo con este precepto, si el despido es declarado improcedente por la falta de algún requisito de forma y el empresario se decanta por readmitir al trabajador, existe la posibilidad de realizar un nuevo despido, dentro del plazo de siete días a contar desde la notificación de la sentencia. Este nuevo despido no sería la subsanación del anterior, sino otro posterior e independiente del primero cuyos efectos se producirán después de la fecha en que se realice.

---

<sup>31</sup>Vid. Artículo 55.1 del ET.

<sup>32</sup> Véanse SSTs (Sala de lo Social) de 21 de septiembre 2005 (RJ 2005\7650).

<sup>33</sup>Véanse artículos 105.1 y 2 LJS.

<sup>34</sup>Vid. art. 55.2 del ET

### III.1.e) Requisitos formales del despido objetivo procedente.

#### a) Notificación al trabajador

El despido por causas objetivas requiere, al igual que el disciplinario, ser efectuado por medio de una comunicación escrita<sup>35</sup> debidamente notificada al trabajador. En la misma deberán constar, en primer lugar, una fecha, que podrá ser el día en que dicha decisión tendrá efectos o aquél en el que el empresario toma la decisión, junto con una exposición detallada de los hechos objetivos que han llevado al empresario a optar por la extinción del contrato. La inobservancia del requisito de claridad en la exposición de motivos de la carta de despido provoca la improcedencia del despido<sup>36</sup>

Junto con la carta de despido deberá ponerse a disposición del trabajador una indemnización de veinte días por año trabajado en la empresa, con un máximo de doce mensualidades y calculando el porcentaje correspondiente a los periodos de tiempo inferiores a un año, a no ser que la causa del despido objetivo sea económica, circunstancia que deberá aparecer en la misma comunicación, sin perjuicio de que el trabajador pueda exigir el abono de ésta, una vez la decisión se haga efectiva<sup>37</sup>. Tal y como están expuestos los hechos en el caso, Don Agustín, despedido por causa objetiva<sup>38</sup>, no recibe dicha indemnización junto con su carta de despido. El derecho a reclamar la indemnización será estudiado posteriormente en este trabajo.

#### b) Plazo de preaviso y posibilidad de ‘sustitución’ del preaviso

La empresa CONTRATOPHONE S.A. tampoco parece contemplar el plazo de preaviso de quince días establecido para esta clase de despido en la carta entregada a Don Agustín. Teniendo en cuenta que no aparece la fecha en la que el despido produce efectos, existe esta posibilidad de que también se haya omitido esta otra formalidad. Este requisito, sin embargo, no provocaría *per se*, la improcedencia de su despido. Pero la empresa deberá abonarle los salarios correspondientes a esos días<sup>39</sup>.

#### c) Licencia semanal para búsqueda de nuevo empleo

Cabe mencionar, siguiendo con el argumento anterior, que el mismo precepto 53.2 TRLET otorga al trabajador una licencia que le permite la posibilidad de ausentarse de su puesto de trabajo hasta seis horas a la semana para buscar otro empleo a lo largo del periodo de este plazo de preaviso. No obstante, como en el caso analizado no se ha cumplido con ese plazo de preaviso, Don Agustín no podrá ejercer este derecho.

---

<sup>35</sup>Véase art.53.1.a) TRLET

<sup>36</sup>STS (Sala de lo social) de 12 de mayo de 2015 (RJ 2015\2429)

<sup>37</sup>Véase artículo 53.1.b) TRLET.

<sup>38</sup>ver del artículo 52.d) ET

<sup>39</sup>Vid. Art. 122.3 LJS.

### **III.1.f) Procedencia, improcedencia o nulidad del despido de cada trabajador.**

·El caso de Doña Carmen

El despido de Doña Carmen resulta controvertido debido a la situación de la trabajadora en el momento de la notificación del despido. La incapacidad temporal es una institución por la cual el trabajador puede exonerarse de su obligación de prestar servicios laborales. Este trabajador cuenta con prestaciones por parte de la Seguridad social para sustituir esos salarios dejados de percibir.

Hay una extensa jurisprudencia acerca de la calificación jurídica que se le debe dar a este tipo de despido, oscilando la misma entre la improcedencia y la nulidad. Esta clase de despido sería procedente en el caso de que el trabajador impida, con su conducta, su propia recuperación y, consecuentemente, su reincorporación al puesto de trabajo.

A continuación, resulta pertinente exponer las diferentes vías por las cuales un despido en esta situación podría ser calificado como nulo.

El despido de Doña Carmen, de tipo disciplinario de acuerdo con la motivación alegada por la empresa, podría declararse nulo si concurre alguno de los supuestos enmarcados en el artículo 55.5 del ET. En este caso solo podría ser calificado como nulo si fuera discriminatorio o si afectara a alguno de los Derechos Fundamentales o libertades públicas de Doña Carmen. Esta afirmación trae como consecuencia una ruptura del nexo causal entre los motivos expuestos por el empresario y la causa real del despido.

Desde una perspectiva general, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo coinciden en su doctrina al excluir, como factor de segregación, la enfermedad que limita la capacidad para el trabajo, declarando improcedente y no nulo, el despido a un trabajador en situación de incapacidad temporal<sup>40</sup>.

Podría alegarse que existe una discriminación debida a la enfermedad incapacitante, así como una afectación del Derecho Fundamental a la integridad física y moral<sup>41</sup>. Pero de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 35/1996, de 11 de marzo (RTC 1996/35), el derecho del trabajador a proteger su salud está dentro del ‘derecho a la integridad personal’<sup>42</sup>, el cual no se incluye en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución española, dedicado a los Derechos Fundamentales, sino que se trata de un principio rector de la política social y económica.

Esta doctrina ha sido acogida por otras sentencias que consideran el despido improcedente, a excepción de que el mismo suponga un peligro grave para la salud del trabajador<sup>43</sup>.

Resulta pertinente incidir en la importancia de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En ella se determinan las circunstancias

---

<sup>40</sup>Vid. STS (Sala de lo Social) de 29 de enero de 2001 (RJ 2001\2069)

<sup>41</sup>Vid. Artículo 15 CE.

<sup>42</sup>Véase artículo 43 CE.

<sup>43</sup>Ver STSJ Madrid (Sala de lo Social, sección 1ª) de 5 de noviembre de 2007 (AS 2008/490).

en la cual una persona puede sufrir discriminación en su puesto de trabajo. Esta Directiva podría ser alegada en caso de que la enfermedad causante de la incapacidad temporal pueda ser equiparable, por analogía, a una discapacidad. No obstante, esto procede cuando la duración de la patología resulta incierta o muy extensa en el tiempo, suponiendo una limitación, física o psíquica, en la capacidad del trabajador<sup>44</sup>.

También se plantea la misma cuestión en otra sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>45</sup>, en la cual se establece que un despido a un trabajador discapacitado no es equiparable a la extinción laboral de un trabajador en situación de baja por incapacidad temporal, y elimina la posible discriminación como causa de despido de la segunda, dado su carácter temporal y transitorio que difiere de una discapacidad cuyo carácter es permanente en el tiempo a lo largo de un plazo largo e indefinido. Sin embargo, Sí cabe apreciar vulneración al principio de indemnidad el hecho de despedir a un trabajador por su incapacidad temporal.

La última vía para declarar la nulidad de la extinción en estas circunstancias estaría fundamentada en la alegación de una causa falsa de despido, pudiendo ser considerado como un defecto de forma. En ese caso el despido sería declarado improcedente, o en su caso nulo si se contempla una afectación del derecho a la salud e integridad física del trabajador. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 1 de diciembre de 2016 (Caso Daouidi) expone la situación de un trabajador semejante a la de Doña Carmen, en la cual el empresario alega la disminución del rendimiento como causa principal del despido, resultando ser una causa ficticia, siendo el motivo real su baja por incapacidad temporal, en este caso derivada de un accidente laboral<sup>46</sup>.

En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no elabora una respuesta definitiva, pero admite la nulidad cuando el plazo de dicha baja es incierto o duradero en el tiempo, considerando que infringe el principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación. No obstante, y dado que la incapacidad temporal de Doña Carmen no tiene exactamente esas características, la alegación de una causa ficticia por parte de la empresa CONTRATOPHONE S.A. podría considerarse un defecto de forma que conlleva la improcedencia de su despido o una omisión que afecta a su derecho a la tutela judicial efectiva, al provocarle indefensión ante los hechos expuestos en la carta, pudiendo ser declarado nulo<sup>47</sup>.

En vista del análisis expuesto, existirían varios medios para declarar la nulidad del despido a un trabajador en situación de baja por incapacidad temporal. No obstante, todas ellas son aplicables a situaciones de bajas cuyo plazo es duradero en el tiempo o incierto. Consecuentemente, el despido de Doña Carmen deberá ser calificado como improcedente y no como nulo<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. STJUE (Sala segunda) de 11 abril 2013 (TJCE 2013/122), Doctrina Ring

<sup>45</sup> STS TJUE de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016/308)

<sup>46</sup> Véase STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016/308) Asunto Daouidi.

<sup>47</sup> Sánchez Pérez, J.: ‘‘El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho a la protección de la salud’’ en *Revista de Información Laboral*, nº 5, 2017, págs. 43 a 58.

<sup>48</sup> Cfr. STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 mayo de 2016 (RJ/2016/2152) y Sánchez Pérez, José: ‘‘el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de la protección de la salud’’, en *Revista de información laboral*, núm.5, 2017, p. 43.

### · El caso de Don Agustín

El despido de Don Agustín deberá ser calificado como improcedente debido a las razones expuestas con anterioridad acerca de la exigencia de un porcentaje mínimo de ausencias indispensables para que su despido pueda resultar procedente. Tal y como se expuso, las inasistencias de Don Agustín al trabajo no alcanzan ese límite establecido por el Estatuto de los Trabajadores y por tanto su despido no podrá ser procedente<sup>49</sup>. Asimismo, conviene mencionar los defectos de forma que también conducen a la improcedencia del despido como la ausencia del periodo de preaviso, de indemnización o de fecha de eficacia del despido.

### · El caso de Don Sergio

Don Sergio, tal y como aparece indicado en el supuesto, está afiliado a un sindicato con anterioridad a la extinción de su contrato laboral por parte de la empresa, situación que obliga a la empresa a dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical a la que pertenezca el trabajador<sup>50</sup>, por tanto, su despido será calificado como improcedente debido a la falta de cumplimiento de las formalidades del mismo.

Asimismo, el despido de Don Sergio, en su calidad como Secretario de Organización del Sindicato CGT, presenta una serie de peculiaridades a tener en cuenta. Al tratarse de un representante de los trabajadores, su posición como tal está mayormente protegida que la del resto. Esto se refleja en tres aspectos: en un primer lugar, las formalidades adicionales que debe tener su despido (la necesidad del expediente contradictorio previo); en segundo lugar también cuenta con prioridad sobre los demás en la permanencia en su puesto en caso de reestructuración de la empresa por causas económicas; y por último, una relativa inmunidad durante el ejercicio de sus funciones como representante y a lo largo del año siguiente en que deje de serlo. Esta inmunidad es relativa dado que solo se establece en lo referente a ese cargo, es decir, Don Sergio no puede ser sancionado por desempeñar ese cometido, pero sí podrá rescindirse su contrato en caso de incumplimiento por su parte de los deberes contractuales, tal y como se refleja en el análisis a lo largo de esta cuestión<sup>51</sup>.

No obstante, CONTRATOPHONE S.A. tiene la posibilidad de volver a efectuar un nuevo despido en un plazo máximo de veinte días a contar desde el siguiente a la fecha del primer despido, cumpliendo con todas las exigencias, debiendo mantener dado de alta en la Seguridad social a Don Sergio, y poner a su disposición, los salarios devengados en esos días intermedios entre el primer despido y el segundo.

### **III.1.g) Conclusiones**

Teniendo en cuenta todos los hechos citados, los tres despidos son improcedentes. A pesar de las distintas alegaciones de la empresa CONTRATOPHONE S.A., como

---

<sup>49</sup>Vid art. 52.d ET

<sup>50</sup>Véase artículo 55.1 del ET.

<sup>51</sup>Cfr. Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 10ª ed., Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2017, págs. 497 – 500.

motivo para cada uno, todos tienen una característica en común que imposibilita su procedencia, el defecto de forma al no aparecer la fecha en la cual los despidos devienen eficaces. Sin embargo, y siendo este defecto subsanable, el único despido procedente sería el de Don Sergio, ya que las causas de despido son válidas y veraces.

### **III.2. ¿Tienen motivos todos o alguno de los trabajadores para emprender algún tipo de acción legal?**

#### **III.2.a) Naturaleza jurídica de la pretensión impugnatoria del despido**

La pretensión judicial para reclamar por despido es un derecho ligado al contrato de trabajo que otorga al trabajador la posibilidad de defender sus derechos subjetivos, dentro de su ámbito laboral<sup>52</sup>. Entre las distintas pretensiones que el trabajador está facultado a llevar a cabo está la acción contra el despido<sup>53</sup>, que es una manifestación de la tutela judicial efectiva manifiesta en el artículo 24.1 de la Constitución.

#### **III.2. b) ¿Qué órgano es competente para enjuiciar el proceso de despido disciplinario?**

La competencia para enjuiciar en primera instancia el despido disciplinario corresponde a los Juzgados de lo Social<sup>54</sup>. Con respecto al ámbito territorial, generalmente el juicio se celebrará en uno de los siguientes dos lugares, a elección del demandante: en el lugar en el que se desarrolla la actividad laboral o bien en el domicilio del demandado.

Cabe mencionar que, cuando el trabajador preste sus servicios en provincias diferentes, dispondrá de la facultad de elegir el órgano competente en donde se encuentre su domicilio, el del domicilio del demandado o en aquel en el cual haya realizado su contrato<sup>55</sup>.

#### **III.2. c) Plazo para el ejercicio de la acción**

La pretensión impugnatoria del despido aparece recogida en el artículo 103.1 de la LPL. En él se alude al hecho de que una de las especialidades del procedimiento de despido es su plazo de caducidad. El trabajador dispone de veinte días hábiles para ejercitar su acción contra el despido. El *dies a quo* de este plazo se corresponde con el día posterior a aquel en el cual el despido desplegó sus efectos. Esto no impide que el trabajador pueda impugnarlo tras recibir la carta de despido. Conviene puntualizar que también se admite que la demanda se presente el día siguiente a aquel en el que vence el plazo, hasta 15 horas<sup>56</sup>. La exclusión del día de despido para el cómputo se debe al principio

---

<sup>52</sup>Ver: 4.2.g) ET.

<sup>53</sup>Ver art. 59.3 ET

<sup>54</sup> Vid. art. 6 LJS

<sup>55</sup> Véase art.10 LJS

<sup>56</sup>Vid. art. 135 LEC

“*dies a quo non computator in termino*” del artículo 5 del Código Civil<sup>57</sup>. De este cómputo están excluidos los sábados, domingos y festivos<sup>58</sup>. Este plazo se comprobará antes de calificar el despido por el órgano competente.

Cabe destacar que, al tratarse de un plazo de caducidad, este no se reinicia tras la interrupción, sino que cuando se reanuda se descuentan los días transcurridos antes de la misma.

En este apartado cabe tener en cuenta que el cómputo se inicia al día siguiente de que el despido tenga efectos, que no necesariamente tiene que coincidir con aquél en el cual el trabajador recibe la comunicación formal de su despido. En este supuesto, tal y como aparece expresado, cabría interpretar que la empresa CONTRATOPHONE S.A., ha omitido la inclusión obligatoria de la fecha en la cual la extinción laboral despliega todos sus efectos. Si bien es posible suponer que la fecha de notificación y la de efectividad del despido coinciden, en ese caso el cómputo del plazo se iniciaría el día siguiente, 23 de mayo, para los tres trabajadores.

### **III.2. d) Conciliación y reclamación previa.**

Antes de impugnar el despido, el trabajador debe presentar un escrito, llamado solicitud o papeleta de conciliación ante el Servicio de mediación, arbitraje y conciliación de la respectiva Comunidad autónoma<sup>59</sup>. La presentación de esta demanda provoca la interrupción de los plazos de caducidad<sup>60</sup>.

Dichos plazos se reanudan el día posterior al intento de conciliación o transcurridos 15 días hábiles desde su presentación sin que se haya celebrado, y siempre que a los 30 días no se celebre dicho acto o no se llegue a un acuerdo, en esa situación se dará por terminado el procedimiento y cumplida la formalidad.<sup>61</sup>

Este acto de conciliación previo es una obligación impuesto por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, dada la necesidad de agotar previamente las vías para evitar el proceso<sup>62</sup>.

### **III.2. e) ¿Qué requisitos debe contener la papeleta de conciliación?**

La papeleta de conciliación deberá incluir, en primer lugar, los datos identificativos del solicitante, así como los de los demás interesados y los relativos a la relación laboral desarrollada por el trabajador (antigüedad, tipo de trabajo, salario, etc). Además de lo anterior, debe constar un desglose claro de los motivos de la pretensión y la cuantía económica exigida correspondiente. En este caso también deberán incluirse la fecha de efectos del despido y las causas expuestas por la empresa.

---

<sup>57</sup> Alegre Nueno, M.: *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 176

<sup>58</sup> Véase art. 103 LJS

<sup>59</sup> Vid. Art. 63 de la LJS.

<sup>60</sup> Ver art. 59.3 ET.

<sup>61</sup> Vid art. 65 LJS.

<sup>62</sup> Cfr. artículos 63 a 68 LJS.

Esta papeleta de conciliación deberá realizarse con carácter previo. No obstante, si el trabajador ejercita su acción sin contemplar este requisito, su escrito de demanda podrá ser admitido, otorgándole el Juez un plazo de quince días contados desde el día siguiente a la recepción de la notificación para subsanar este defecto. En caso de no hacerlo se dará por finalizado el proceso<sup>63</sup>.

### **III.2. f) ¿Qué consecuencias tiene la no asistencia al acto de conciliación o de mediación?**

La falta de comparecencia a este acto conlleva distintas consecuencias dependiendo del sujeto de quien se trate.

Si el que no comparece es el interesado, estando citado correctamente y sin justificación válida, las actuaciones se archivarán por falta de cumplimiento del requisito procesal y se entenderá que renuncia a su demanda<sup>64</sup>, por lo tanto, resulta importante que los tres trabajadores acudan a dicho acto preceptivo si desean que su demanda sea admitida a trámite.

Sin embargo, si el trabajador alega justa causa, tendrá lugar un nuevo llamamiento para la celebración del acto de conciliación, siempre y cuando no hubieran transcurrido los plazos de 15 y 30 días<sup>65</sup>. El nuevo señalamiento tendrá lugar dentro de los diez días siguientes. Sin embargo esta suspensión de los actos de conciliación y juicio solo podrá ocurrir una vez y, en casos excepcionales, dos veces<sup>66</sup>.

Por otra parte, si la incomparecencia es del demandado, la conciliación se considerará intentada sin efectos y la parte ausente sin justa causa deberá pagar las costas del proceso<sup>67</sup>. En esta segunda situación el juicio continuará.

### **III.2.g) Acumulación de acciones: ¿Es posible la acumulación de pretensiones? ¿Y la acumulación subjetiva de acciones de despido en una única demanda?**

Cuando un demandante tiene dos o más pretensiones contra una misma persona o institución podrá acumularlas en su demanda aunque las mismas fueran ocasionadas con distintos títulos<sup>68</sup>.

Entre los tipos de acciones acumulables estarían las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y

---

<sup>63</sup>Ver artículo 65.1 LJS..

<sup>64</sup>Vid. artículo 66.2. LJS

<sup>65</sup> Véase artículo 65 LJS.

<sup>66</sup>Vid. artículo 83.1 LJS

<sup>67</sup>El artículo 66.3 de la LJS dispone lo siguiente: *“Si no compareciera la otra parte, debidamente citada, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación por intentada sin efecto, y el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación.”*

<sup>68</sup>Vid. artículo 25 LJS

laboral o las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas entre otras, junto con la posibilidad de reclamar una indemnización si existe discriminación o lesión de los derechos fundamentales<sup>69</sup>.

Por otro lado, también son acumulables las pretensiones procedentes de distintos actores contra un mismo empresario. Esta circunstancia resulta de interés a la hora de tramitar el caso planteado en el supuesto. La acumulación subjetiva de acciones, o lo que es lo mismo, cuando dos o más demandantes ejercitan acciones contra otro de forma simultánea, si éstas podían haber sido acumuladas en una misma demanda, será posible su acumulación, acordada de oficio o a instancia de parte, en un mismo procedimiento<sup>70</sup>.

### **III.2.h) Demanda: ¿Qué requisitos formales debe respetar la demanda de despido?**

El proceso por despido es un proceso de revisión judicial en el cual el juez controla la legalidad de la extinción de la relación laboral a instancia del trabajador.

El contenido obligatorio de la demanda por despido debe cumplir con requisitos de carácter general<sup>71</sup> y específico<sup>72</sup>.

Desde una perspectiva genérica, la demanda deberá ser expresada por escrito, mencionando tanto el órgano judicial como la modalidad procesal que la tramita. Así mismo, debe aparecer el nombre completo y el DNI del demandante, junto con el de los interesados y sus domicilios.

Si el demandante desea actuar por medio de un representante, deberá especificar los datos de contacto del mismo, incluido su domicilio<sup>73</sup>. Aquí cabe hacer un inciso en relación con la situación de Don Sergio que, dada su condición de trabajador afiliado a un sindicato, cuenta con la posibilidad de que el sindicato actúe en nombre y representación de sus intereses. Esta autorización se presume *iuris tantum*<sup>74</sup>. Por tanto, en este caso particular, en el escrito de demanda deberán figurar los datos identificativos de Don Sergio, los de la organización sindical correspondiente, la CGT, y los de la persona física que actúa en nombre de la misma.

Por otra parte, es muy importante que los hechos aparezcan escrupulosamente citados, ya que no está permitido alegar otros hechos adicionales a los aducidos en el acto de conciliación previo. El mismo escrito de demanda deberá ir acompañado con una súplica, en la cual el trabajador exponga el objetivo de su impugnación. También deberá constar la fecha de presentación de la demanda en el Registro del Juzgado de lo Social y la firma del demandante. Tanto los demandados como los interesados deberán estar en posesión de una copia del escrito de demanda y de los documentos que lo acompañan, incluido el documento acreditativo de intento de comunicación previa.

---

<sup>69</sup>Véase artículo 26 LJS

<sup>70</sup>Vid. artículo 28 LJS.

<sup>71</sup> Ver art. 80 LJS.

<sup>72</sup> Ver art. 104 LJS.

<sup>73</sup> Vid. art. 53 LJS.

<sup>74</sup>Vid. artículo 20 LJS.

Por otra parte el contenido del escrito de la demanda por despido deberá contener otros requisitos específicos<sup>75</sup>, entre los que destacamos los siguientes:

a) En primer lugar, deberá especificar cuáles eran las condiciones de trabajo anteriores al despido, haciendo referencia a cuatro características del mismo: el lugar de trabajo, la categoría profesional del trabajador, el tiempo que llevaba en la empresa y su salario. A continuación conviene exponer los motivos por los cuales es crucial la mención de cada una de estas características en el escrito de demanda.

El lugar de trabajo es fundamental desde un punto de vista procesal, debido al principio de territorialidad que opera para determinar a qué Juzgado de lo Social se le atribuye la competencia para tramitar este proceso. La categoría laboral profesional del trabajador, junto con las particularidades concretas del puesto, también tiene relevancia para el caso de que se opte por la reincorporación del mismo en su antiguo puesto de trabajo. Por su parte, también el salario percibido y la antigüedad son importantes a efectos del cálculo de la cuantía que el empleado deberá percibir en concepto de salarios de tramitación, si los hubiese, o de indemnización<sup>76</sup>.

b) En segundo lugar, se deben concretar las condiciones en las que se produjo la extinción de la relación laboral, abarcando tres facetas: la fecha de efectividad del despido, la forma en que tuvo lugar y los hechos aducidos por la empresa como causa de despido.

Dado que la demanda de despido cuenta con unos plazos de caducidad determinados, la fecha de efectividad del despido resulta primordial a efectos del cálculo del plazo para presentar la pretensión impugnatoria. No obstante también cuenta para el cálculo de la indemnización y de los salarios de tramitación, así como para la propia calificación jurídica del despido<sup>77</sup>. Sobre este aspecto cabe recordar que si desde que se presenta la demanda hasta que se emite la sentencia transcurren más de noventa días, la empresa podrá reclamarle al Estado el abono de esa cuantía debida al trabajador en concepto de salarios de tramitación que exceda de esos noventa días hábiles<sup>78</sup>.

La manera en que se le se produjo el despido es relevante a efectos formales, el juez deberá comprobar si los cumple todos o, en caso de faltar alguno, su posible subsanación. Si el defecto formal no fuese subsanable, la extinción laboral podría ser declarada como improcedente<sup>79</sup>.

Los hechos que el empresario utiliza para justificar el despido son la base del objeto del litigio, debiendo analizar el juez la concurrencia de los mismos. Estos hechos delimitan a su vez, la defensa de la empresa en el juicio<sup>80</sup>.

c) En tercer lugar, el mismo artículo 104 de la LJS establece un requisito potestativo para los trabajadores que se encuentren en una situación de especial protección. Éstos podrán incluir en el escrito de demanda aquellas circunstancias que la provoquen. De

---

<sup>75</sup>Ver art. 104 LJS.

<sup>76</sup>Véase artículos 55.6, 56.1 y 56.2 ET.

<sup>77</sup>Ver artículo 55.4 ET.

<sup>78</sup>Vid. artículo 56.5 ET.

<sup>79</sup>Vid. artículo 55.4 ET.

<sup>80</sup>Véase artículo 105.2 LJS.

los tres trabajadores que hay en el supuesto, Don Sergio sería aquel que posee una especial protección debido a su afiliación al sindicato CGT. Don Sergio podría alegar improcedencia del despido debido a la ausencia por parte de CONTRATOPHONE del requisito del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores de dar audiencia previa a los delegados sindicales<sup>81</sup>. Tal y como aparecen descritos los hechos, este empleado ostentaba el cargo de Secretario de Organización del sindicato desde el dos mil quince, por lo que podría aludir esta condición en su demanda. En el caso de que Don Sergio no expusiera esta circunstancia, la falta de formalidad por parte de la empresa derivada de la ausencia de audiencia, no se tendrá en cuenta y la impugnación de su despido será tratada de acuerdo con el régimen ordinario.

### **III.2. i) ¿Qué partes pueden intervenir en el proceso de despido?**

Los interesados serán tanto la empresa, CONTRATOPHONE S.A., contra quien se dirige la demanda, como aquellos otros sujetos que, no siendo los titulares pasivos de la misma, puedan verse igualmente afectados por la resolución definitiva del proceso como el Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA)<sup>82</sup>.

La intervención del FOGASA en este proceso sería obligatoria si la empresa fuese insolvente pero, dado que en la exposición de los hechos no se refleja que CONTRATOPHONE se halle en esta circunstancia, su participación será voluntaria.

Tal y como está justificado en la pregunta anterior, ninguno de los despidos es nulo, consecuentemente el Ministerio Fiscal quedará excluido de este llamamiento.

Cabe destacar que la parte demandante es la encargada de proporcionar toda cuanta información sea necesaria para la localización de cada uno de los interesados. Debiendo obrar de buena fe, ya que en caso contrario el juez podrá declarar la nulidad de la impugnación de oficio o a instancia de la parte demandada<sup>83</sup>.

En este apartado resulta pertinente recordar que, en caso de que los trabajadores o la empresa deseen ser asistidos por un abogado, procurador o graduado social colegiado, deberán reflejarlo en el mismo escrito puesto que, de no hacerlo, se entenderá que están renunciando a este derecho<sup>84</sup>.

### **III.2. j) El contenido de la pretensión**

El contenido de la pretensión impugnatoria debe incluir una enumeración exacta de los hechos en los que se basa la misma, así como de otros que resulten relevantes para la resolución de la sentencia.

---

<sup>81</sup>Vid artículo 108.1 LJS.

<sup>82</sup>Véase libro I, Título II, Capítulo III LJS.

<sup>83</sup> Cfr. STC (2º) de 25 de septiembre de 1995 (RTC 134/1995).

<sup>84</sup>Véase artículo 21, apartado 2 LJS.

Es importante tener en cuenta que la petición impugnatoria solo tendrá en consideración los hechos alegados en la conciliación previa, que no pueden ser distintos a los alegados posteriormente en el proceso salvo que, por cualquier circunstancia, el demandante no pudiera haber conocido algún dato relevante con anterioridad a la presentación de su demanda<sup>85</sup>.

Este proceso cuenta con una especialidad consistente en la innecesidad de fundamentación jurídica, es decir, los trabajadores solo deberán exponer los hechos. Esta especialidad se debe a dos razones. Por un lado, el hecho de que la intervención en el proceso de profesionales del Derecho es facultativa y por otro, que en virtud del principio *iura novit curia*, será el juez el que estime los fundamentos jurídicos, permitiéndose a las partes alegar únicamente los hechos<sup>86</sup>.

Por otra parte, si se produce una presunta vulneración de algún Derecho Fundamental, ésta sí podría ser apreciada de oficio, si el demandante no la alega en el escrito. No obstante, tal y como se analiza en la primera cuestión del trabajo, en ninguno de los despidos concurre esta circunstancia<sup>87</sup>. Sobre este asunto, cabe recordar el razonamiento expuesto acerca de si Doña Carmen había sufrido la violación de su Derecho Fundamental a la salud e integridad física debido a su despido en plena baja por IT, en el cual se concluyó que no existía tal vulneración, por lo que esta excepción no sería aplicable al caso. Sin embargo, existe otro hecho cuya omisión en el escrito no impide su alegación en el momento en que se valide la demanda, que es la prescripción de las faltas ordinarias<sup>88</sup>.

Además, el mismo escrito de demanda irá acompañado de la súplica, siendo ésta la petición principal realizada al órgano judicial para la declaración del despido como nulo o improcedente, debiendo expresarse de manera nítida con los datos necesarios<sup>89</sup>. En el presente caso la petición será la de improcedencia de los tres despidos, por sus respectivas causas. En el caso de Doña Carmen, será improcedencia por la falta de acreditación del incumplimiento alegado. El despido de Don Sergio será improcedente por el defecto de forma, sin perjuicio de la posibilidad por parte de CONTRATOPHONE S.A, de subsanarlo<sup>90</sup>. Y el despido de Don Agustín que no cumple con los requisitos necesarios para que su despido objetivo resulte procedente.

### **III.2. k) El examen de la demanda por despido**

La presentación de la demanda debe cumplir con tres condiciones: tiene que respetar el plazo previsto en los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y el 103.1 de la Ley

---

<sup>85</sup>Vid artículo 80 LJS.

<sup>86</sup>Véase ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, op.cit., pág. 315 en donde parafrasea al autor: Montero Aroca, J. al señalar que “la no necesidad de fundamentación jurídica es consecuencia de que las partes pueden actuar en el proceso laboral por sí mismas, sin necesidad de abogado, y esta posibilidad se debe a que: 1.º La causa de pedir la conforman sólo los hechos en que se funda la petición, no las normas jurídicas; y 2.º Porque el principio *iura novit curia*, permite al juzgador aplicar las normas jurídicas que estime procedentes, aunque no hayan sido alegadas por las partes.”

<sup>87</sup> Vid. STSJ de Madrid (Sala de lo social, Sección 2º) de 10 de febrero de 2000 (AS 2000/1541)

<sup>88</sup> Cfr. STS (Sala de lo Social) de 23 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7583)

<sup>89</sup> Véase el artículo 399.1 de la LEC.

<sup>90</sup>Véase en este sentido los artículos 108.1 LJS y 55.4 ET en relación con el artículo 55.1 ET.

de Jurisdicción Social; debe presentarse ante el órgano judicial competente, en este caso el Juzgado de lo Social<sup>91</sup>; y por último, la presentación deberá realizarse en días y horas hábiles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social.

Recibido el escrito de demanda, el letrado de la Administración de Justicia será el encargado de determinar si el juez o tribunal es competente para conocer la cuestión, sin perjuicio de los procedimientos que deban llevarse a cabo de manera inmediata. Si la demanda sea admitida, con la admisión de la misma procederá a establecer la forma del juicio, de lo contrario informará al demandante de los requisitos no cumplidos de forma o presentación de documentos obligatorios para el adecuado trámite de su pretensión, pudiendo éste subsanarlo en un plazo de cuatro días<sup>92</sup>.

Una vez subsanados los defectos, el secretario judicial admitirá la demanda dentro de un plazo de tres días o cederá al juez o tribunal la facultad de decidir acerca de la validez de la misma en un plazo también de tres días<sup>93</sup>.

En caso de omisión de la acreditación de la celebración o intento del acto de conciliación o mediación, el letrado se lo hará saber al demandante, otorgándole un plazo de 15 días desde el día de la notificación para subsanar este defecto. Transcurridos los 15 días sin actuación alguna, la demanda quedará sin efecto<sup>94</sup>.

### **III.2.1) Conclusiones**

En vista de las apreciaciones anteriores es posible afirmar que tanto los plazos como el contenido de la demanda pro despido deben ser escrupulosamente respetados a fin de que la pretensión resuelva sobre todos los hechos relevantes necesarios. A pesar del carácter subsanable de algunas formalidades, el acto de conciliación es fundamental en el proceso por despido, y los hechos alegados en la misma determinan la solución posterior del mismo.

### **III.3. ¿Tienen derecho algunos o todos los trabajadores a exigir alguna indemnización?**

#### **III.3.a) ¿Qué sujetos intervienen en la indemnización?**

Como regla general, la legitimación activa para reclamar la indemnización en el proceso judicial le corresponde al trabajador, ya que es él quiensufre las consecuencias del despido, debiendo asíprotegerse con esta compensación. El propio proceso por despido resolverá sobre la cuantía de la misma. No obstante, no es posible ejercer este derecho a presentar la demanda una vez se haya firmado el finiquito. Por otra parte, será la empresa la encargada de poner a disposición del trabajador la misma de manera simultánea a la notificación de la extinción de la relación laboral. Sobre este respecto

---

<sup>91</sup>Vid artículos 6, 10 y 44 LJS.

<sup>92</sup>Véase art. 81.1 LJS.

<sup>93</sup> Vid art. 81.2 LJS.

<sup>94</sup> Véase art. 81.3 LJS.

conviene precisar que la puesta a disposición en el caso de despido disciplinario, no significa la entrega material de la misma, sino la determinación de la cuantía, el lugar y la forma de pago en la carta de despido, pudiendo optar el empresario por abonarla en el mismo momento o en uno distinto<sup>95</sup>.

Por otra parte, en caso de despido objetivo, es decir, el correspondiente a Doña Carmen y a Don Agustín, la puesta a disposición de la indemnización debe realizarse de manera simultánea con la efectiva entrega de la indemnización, a excepción de que concurra una imposibilidad de la empresa de proceder al pago por causas económicas justificadas, sin perjuicio de los trabajadores de exigir el pago en un momento posterior<sup>96</sup>. Sin embargo, esta escasez de liquidez deberá quedar totalmente acreditada por la empresa con pruebas que verifiquen la efectiva imposibilidad de indemnizar en ese momento al trabajador. Por tanto, la indemnización por despido objetivo comprende tres características diferenciales que son la necesidad de simultaneidad de su abono con la fecha de entrega de la carta de despido, con independencia de la efectiva fecha de extinción de la relación laboral y su efectiva entrega. El pago de la indemnización podrá ser realizado previamente al despido, por medio de transferencia o abono en metálico<sup>97</sup>.

En caso de disconformidad con el cálculo del salario regulador o de falta de percepción de la indemnización, el trabajador tendrá derecho a presentar una demanda ante el Juzgado de lo Social competente para percibir la misma o las diferencias entre la cuantía percibida y la debida<sup>98</sup>.

### **III.3.b) El salario regulador**

El salario regulador, también denominado modulador es la base del cálculo de la indemnización por despido por lo que debe ser concretado con carácter previo. Una vez definido, se calcula su importe diario y se multiplica por los días indicados en la norma, que varían en función del supuesto de extinción de que se trate, actuando siempre dentro de los límites previstos por la misma.

Existe mucha controversia en su delimitación debido a los cambios en el salario del trabajador a lo largo de su carrera profesional dentro de la empresa, y dadas las distintas partidas que lo conforman. Las rentas percibidas por el trabajador pueden ser tanto dinerarias, como en especie, pudiendo formar parte de su retribución los préstamos, el uso de una vivienda, acciones de la empresa al trabajador, planes de pensiones,.. así como las dietas de viaje, bonos de la empresa o cursos que la misma facilita al trabajador; que están incluidas en su salario. Por ello, la concreción del salario regulador es un tema complejo con divergencia de opiniones dentro de una extensa jurisprudencia encaminada a facilitar este aspecto en la práctica.

---

<sup>95</sup> Vid. Marín Moral, I.: *La indemnización por despido*, 2ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 99, 141 a 143.

<sup>96</sup> Véase STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 17 de diciembre de 2014 (RJ 2015\1902)

<sup>97</sup> Remítase a la STSJ Cantabria, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 24 de julio de 2013 (RJ 1902/2015)

<sup>98</sup> Vid. artículo 4.2.g) ET.

Cabe comentar que la comisión de errores en el cálculo de la indemnización conlleva una serie de consecuencias. Así, si se trata de errores excusables, deberán subsanarse en el momento en que se conozcan<sup>99</sup>, pero si son inexcusables, tales errores provocarán la improcedencia del despido.

### **III.3.c) ¿Cómo se calcula la indemnización de los trabajadores?**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, referente a los efectos del despido disciplinario calificado de improcedente, la empresa CONTRATOPHONE S.A. cuenta con la posibilidad de decidir entre readmitir a cada uno de los empleados o abonarles una indemnización de treinta y tres días de salario por cada año de servicio dentro de la empresa, prorrateando por meses los periodos de tiempo inferiores a la anualidad con un máximo de veinticuatro mensualidades.

Sobre este aspecto cabe realizar un inciso, debido al cambio que se produjo el 12 de febrero del 2012 en lo referente al cálculo de esta cuantía. La indemnización establecida en esta disposición será aplicada para los contratos celebrados con posterioridad a esta fecha. Para los contratos suscritos con carácter previo a la misma, ésta se calculará de la siguiente manera, siendo cuarenta y cinco días de salario por año trabajado, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a la anualidad. Por lo tanto, si un contrato celebrado antes de esa fecha finaliza con posterioridad a la misma, la cuantía desde el inicio de la relación laboral hasta esta fecha será calculada tal y como se acaba de exponer; y los servicios prestados con posterioridad se calcularán como indica el artículo 56 del Estatuto con el módulo de treinta y tres días. Los cálculos referidos a cada periodo de tiempo son independientes entre sí. Estos contratos cuentan con un límite indemnizatorio total de setecientos veinte días, no obstante y de modo excepcional, este límite puede desaparecer cuando se haya devengado una indemnización mayor antes del 12 de febrero del 2012, en cuyo caso se aumentará este límite a las cuarenta y dos mensualidades, pero este segundo límite no podrá ser sobrepasado en ningún momento<sup>100</sup>.

Resulta pertinente puntualizar que el salario regulador del despido se calcula a partir del cómputo anual dividido por los 365 días del año, o en su caso 366 días si es año bisiesto<sup>101</sup>.

En este supuesto de hecho no se especifica la fecha en la que los trabajadores iniciaron sus respectivas relaciones laborales con la empresa y tampoco aparece indicado el salario percibido por los mismos, por tanto se exponen ambas alternativas para el cálculo de sus indemnizaciones.

Por otra parte, el cálculo de la indemnización por despido objetivo del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores establece que ésta corresponde a veinte días por año trabajado, prorrateándose los periodos de menos de un año con el límite de doce meses<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup>Vid art. 122.3.LJS

<sup>100</sup>Véase artículo 56 del ET junto con la disposición transitoria 11.ª del ET.

<sup>101</sup>Remítase a la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 30 de junio de 2008 (RJ 2008\7047)

<sup>102</sup>Vid. artículo 53.1 ET.

La determinación de esta cuantía puede verse incrementada mediante tres vías: por pacto individual, por pacto colectivo<sup>103</sup> en virtud del cual se puede llegar a acuerdos con un tratamiento semejante al de los convenios colectivos, siendo vinculantes tanto para el empresario como para los trabajadores; o por medio de un pacto dentro del Convenio Colectivo que obliga a los mismos durante su vigencia. No obstante, para la válida aplicación de estos acuerdos debe quedar claro que tendrán efecto únicamente en los despidos por causas objetivas.

La puesta a disposición de la indemnización es un acto unilateral y recepticio, por lo que no precisa de aceptación por la otra parte para su validez. Como ya se ha mencionado, esta puesta a disposición deberá realizarse a la vez que se entrega la comunicación escrita de despido al trabajador que, si no se efectúa materialmente, al menos debe percibirse una voluntad clara e inequívoca de un futuro abono de la misma por parte de la empresa. Requisito que se considera aceptado cuando se determine la cuantía, el lugar y la forma de pago en la propia carta de despido, aunque la entrega se realice más adelante en el tiempo, y estos datos tienen que responder a una realidad<sup>104</sup>.

### **III.3.d) ¿Qué salario se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización de los trabajadores consecuencia de la extinción de su relación laboral?**

Llegados a este punto, cabe plantearse cuál es el salario que hay que tomar como referencia para realizar el cálculo. Con el objetivo de agilizar el mismo y de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el Tribunal Supremo considera que el salario base es el mismo que percibían los trabajadores en el momento de su despido, siendo éste aquel que aparece en su nómina<sup>105</sup>.

No obstante, existen divergencias de opinión que consideran, a mayores, aspectos como la propia trayectoria del empleado en el puesto de trabajo y las variaciones de su salario en los meses precedentes a la extinción de su contrato.

Asimismo, puede ocurrir que el salario percibido por el empleado en fecha de su despido no se ajuste a lo que debería obtener, bien por encontrarse por debajo del salario mínimo interprofesional, o por no haber sido aplicado el correspondiente Convenio colectivo aplicable. Como también puede ocurrir que la empresa, CONTRATOPHONE, en previsión del futuro despido, estuviese pagando una contraprestación presuntamente inferior a la debida durante los meses previos a dicha fecha. En este supuesto, no resultaría adecuado establecer la retribución del último mes como base para el cálculo, ya que perjudicaría el derecho del trabajador a su adecuada compensación. Por ello, se permite que esta cuantía sea revisada.

Como consecuencia, lo que se viene desarrollando en la práctica, amparado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo es que el salario base para determinar la indemnización debida es aquel que el trabajador debería haber percibido en la fecha de

---

<sup>103</sup>Vid. artículo 83.3 ET.

<sup>104</sup> Cfr. Marín Moral, I.: *La indemnización por despido*, 2ª edición, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 146 a 148 y 150.

<sup>105</sup>Vid. STS 7 diciembre 1990 RJ 1990/9760.

su despido, que puede o no coincidir con su retribución efectiva. De este modo se evita una posible violación de los derechos del trabajador por parte del empresario en lo referente a su retribución<sup>106</sup>. Por tanto, esta indemnización podrá ser siempre revisada.

### **III.3. e) ¿Cuál es el medio adecuado para determinar el importe del salario de despido, en vistas a la indemnización del trabajador consecuencia del mismo?**

Por lo general, el proceso de despido se considera el cauce idóneo para tratar esta cuestión, pues se trata de un tema esencial del mismo que guarda una estrecha relación con el objetivo del proceso. En algunas situaciones, se plantea la posibilidad de llevar a cabo esta determinación por medio de dos vías diferentes, si se considera la determinación del salario regulador objeto de una acción declarativa separada del propio proceso de despido<sup>107</sup>.

Ciertamente, y aunque la opinión preponderante admite que tanto el despido como la concreción del salario sean objeto de un mismo pronunciamiento, existe una excepción para una situación en la cual se plantea una violación del contrato por parte del empresario, debida a una inadecuada retribución del empleado con respecto a su categoría profesional<sup>108</sup>. A pesar de su amplitud, el proceso por despido no puede entrar en materia de clasificación profesional<sup>109</sup>. En este supuesto no aparece reflejado ningún reclamo por este motivo por parte de ninguno de los demandantes, por lo que podría deducirse que los salarios pagados por CONTRATOPHONE S.A., eran adecuados.

Por último, es pertinente recordar que, si se produce alguna otra desavenencia acerca del salario anterior al cálculo de la indemnización, ésta no será tramitada en el mismo proceso laboral ya que podría dar lugar a una prolongación excesiva del mismo, perjudicando a ambas partes del proceso. De igual modo no se permite la apertura de un proceso paralelo, ni tampoco reclamar salarios con posterioridad a la ejecución del mismo por ser *res iudicata*. Teniendo en cuenta lo afirmado al inicio de esta cuestión, el proceso de despido se encargará de tramitar todos estos aspectos.

Llegados a este punto, cabe preguntarse acerca de la validez del salario en la fecha de despido. Es necesario comprobar si se produce una diferencia entre el efectivamente percibido y el que se debería de percibir, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable. Si la indemnización es entendida como un resarcimiento, consecuencia de los daños y perjuicios provocados al trabajador por su despido, es una cantidad tasada y fijada por la ley, por lo que un incremento posterior del mismo, por Convenio colectivo o por cualquier otra disposición legal, no incidiría en la cuantía total de la indemnización previamente establecida en la sentencia, ni tampoco en los salarios de tramitación devengados con posterioridad a la misma<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup>Véase STS (Sala de lo Social) 24 julio 1989 (RJ 1989/5909)

<sup>107</sup>Véase 56.1 ET, 110 y 107 b) LJS.

<sup>108</sup> Remítase a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 diciembre 1986 (RJ 1986/7315).

<sup>109</sup> Vid. 27 LJS.

<sup>110</sup> Remítase a la STS (Sala de lo Social) de 7 diciembre 1990 (RJ 1990/9760).

### III.3.f) ¿Qué conceptos quedan incluidos dentro del salario regulador?

En línea con los planteamientos expuestos con anterioridad acerca de la determinación del salario, cabe preguntarse qué se incluye y qué no<sup>111</sup>. En primer lugar, el salario a tener en cuenta es el del último mes en el que el trabajador prestó sus servicios a la empresa siendo el que aparece en su última nómina<sup>112</sup>. Sin embargo, esto no sucede si el salario percibido es inferior al legal o si está formado por partidas o conceptos irregulares<sup>113</sup>. En este segundo supuesto, lo que se hace es establecer un promedio del salario total percibido en el año anterior.

Dentro del mismo deben incluirse las vacaciones, así como los pagos extraordinarios y horas extras que el trabajador hiciera de manera regular<sup>114</sup> los pluses no indemnizatorios, las primas por actividad y comisiones, los incentivos y los bonus *en* .

Por otro lado, las partidas que componen este salario se presumen *iuris tantum*, quedando atribuida al empresario la carga de la prueba si existen partidas que legalmente podrían ser excluidas de este cómputo, como son los gastos generados por el propio servicio objeto del contrato o las prestaciones a la Seguridad Social.

El salario a considerar para el cálculo es el que aparece en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto establece una serie de directrices sobre las que guiarse para la inclusión o exclusión de los conceptos que forman parte del cómputo. Cabe puntualizar que el salario que se toma como base es el salario bruto, siendo éste el previo al pago del impuesto de la renta de las personas físicas y de las cotizaciones del empleado a la Seguridad Social<sup>115</sup>.

Por otra parte, se incluyen las retribuciones complementarias recibidas mensualmente como salario, como son el plus de antigüedad, el de nocturnidad, el complemento de residencia, el plus de cabina, el de transporte o el de comedor entre otros, quedando excluidos del cálculo algunos plus como son el plus de vestuario, que es el correspondiente a aquellos trabajadores que deben llevar uniforme para el desempeño de los servicios a la empresa, el uniforme puede facilitarlo la empresa o entregar una cantidad de dinero para que el trabajador lo adquiera por su cuenta, en cuyo caso se entiende que esa prestación dineraria no es salario. Tampoco las dietas, las ayudas de comidas, los gastos de viaje o el complemento de residencia, que es aquella cantidad que se le concede al trabajador cuando, por motivos laborales, deba trasladar su vivienda habitual<sup>116</sup>, ni el plus de transporte por los mismos motivos, así como las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad social. Entre ellas están las prestaciones económicas por incapacidad temporal cuya exclusión resulta relevante para Doña Carmen dada su situación como posible perceptora de las mismas. Dentro de este concepto general se encuentran los seguros médicos y de vida, las mejoras o los planes de pensiones abonados por la empresa. Existe divergencia de parecer con respecto a esta última idea, planteándose la posibilidad de ser considerado como un salario diferido que

---

<sup>111</sup>Véase artículo 26 ET.

<sup>112</sup> Vid STS (Sala de lo Social) 17 de julio 1990 (RJ 1990/6413).

<sup>113</sup> Cfr STJS Galicia 13 de marzo 2002 (AS 2002/778).

<sup>114</sup> Vid STSJ (Sala de lo Social, Sección 2ª) Madrid de 21 de noviembre de 2006 (rec. 3612/2006).

<sup>115</sup> Cfr SSTSJ Sevilla, Andalucía, 22 de diciembre 1998 (AS 1998/7799).

<sup>116</sup> Véase artículos 26.2 ET y 40 ET.

el empleado disfrutará en un futuro, un salario en especie o una mejora voluntaria de carácter extrasalarial. La opinión mayoritaria en España es la última admitiendo, con carácter excepcional, su integración únicamente cuando dichas prestaciones hubiesen sido imputadas al trabajador.

Por último, una cuestión relevante es determinar si el salario percibido de manera irregular -es decir, aquel que varía de mes a mes o que es recibido unos meses sí y otros no-, computa a efectos del cálculo de la indemnización. Es un asunto importante teniendo en cuenta que el principio de seguridad jurídica impide dejar este asunto al arbitrio de la empresa. Con el objeto de esclarecer este tema, existe una variada jurisprudencia que establece cuatro pautas principales. El cómputo debe realizarse en base al promedio del último año previo a la extinción, el de los seis últimos meses, el de los tres últimos o el de los cuatro meses del año natural en curso. El criterio mayoritario es el primero por lo que, en el supuesto que nos ocupa, habría que tomar como base el salario percibido durante los meses de enero a diciembre del 2016<sup>117</sup>.

Es pertinente comentar la existencia de otras tesis que respaldan la posibilidad de que el promedio del año anterior al cese se realice exclusivamente para determinar la cuantía de la retribución variable, tomando como salario fijo el obtenido en la fecha de despido<sup>118</sup>.

Un último matiz que se debe comentar a estos efectos es la posibilidad de incluir el salario del periodo de vacaciones en el cómputo, que puede ser menor al de otros meses, siendo la respuesta afirmativa dado que se trata de un periodo obligatorio en toda relación laboral en virtud del artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores y en el cual la retribución es la misma a pesar de no prestar servicios a la empresa durante este tiempo.

### **III.3.g) ¿Cómo se computa la antigüedad a efectos de la indemnización por despido?**

La antigüedad, a la que alude el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, es la totalidad de tiempo que el trabajador dedica a prestar servicios a la empresa desde su primer contrato con la misma, con independencia de que estos servicios hayan sido prestados en virtud de contratos temporales sucesivos o de uno indefinido, y de si concurre o no alguna irregularidad en los mismos, así como de si se trata de contratos de distinta clase.

Sobre este aspecto es necesario aclarar que el tiempo transcurrido desde la extinción hasta la sentencia que declara la improcedencia del despido, está excluido del cómputo, tal y como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre del 2002<sup>119</sup>. En esta sentencia se resalta la estrecha relación entre la antigüedad y la promoción económica y el trabajo del empleado, aclarando que esto mismo puede, o no, coincidir

---

<sup>117</sup>Marín Moral, I.: *La indemnización por despido*, 2ª edición, Thomson Aranzadi, 2006, págs.. 17 a 53.

<sup>118</sup> Véase STSJ Madrid, 21 marzo 1996 (AS 1996/545).

<sup>119</sup> Cfr.STS de 21 de octubre de 2004 (rec. 4966/2002).

con el tiempo en que el mismo presta sus servicios en la empresa, por lo que se deduce que este intervalo no se tiene en cuenta, ya que no cabe la posibilidad de ser promocionado una vez ha sido despedido. Sin embargo, en la misma se explica que la ley tan solo da a entender esta circunstancia, sin entrar a concretar si realmente computa o no.

Existe una excepción a esta regla en caso de que la opción de readmisión del empleado devenga imposible debido al cierre de la empresa, en cuyo caso se incorporará en el cómputo el tiempo que medie entre el despido y la sentencia que declara su improcedencia<sup>120</sup>.

El cómputo también deberá contener el tiempo que el trabajador haya estado de prácticas o con un contrato de aprendizaje, el que corresponda al periodo de prueba sin renuncia por ninguna de las partes y la duración de las excedencias forzosas<sup>121</sup>. En la misma línea, las situaciones de reducción de la jornada laboral o de ejercicio a tiempo parcial de los derechos de suspensión, el salario computable será aquel que el empleado hubiera recibido sin mediar estas circunstancias<sup>122</sup>.

### **III.3.h) ¿Es necesario que la indemnización por despido improcedente sea solicitada en la misma demanda?**

El Tribunal Supremo afirma que el trabajador no tiene la obligación de solicitar la indemnización por despido improcedente en su demanda, sin perjuicio de que ésta se hará constar en la sentencia<sup>123</sup>.

En este supuesto la empresa todavía no ha indemnizado a ninguno de los tres trabajadores en el momento de rescindir sus respectivos contratos, sin embargo y en caso de realizarla, la puesta a disposición de la misma no tiene carácter vinculante, debiendo ser aceptada por la parte receptora y coincida la aceptación por parte de la empresa. Sin perjuicio de que, si la rechazan sin alegar justa causa, perderán su derecho a los salarios de tramitación<sup>124</sup>. No obstante, su derecho a la indemnización permanecerá siempre inalterable aún cuando no proceda la opción de readmisión debido a la extinción del contrato por causa legal.

### **III.3.i) La acción protectora de la Seguridad social**

La Seguridad Social tiene su fundamento en la obligación por parte del Estado de proteger a los individuos frente a determinadas contingencias establecidas por la ley y limitadas en su ámbito por la Constitución<sup>125</sup>. Estas circunstancias pueden clasificarse en dos grupos: por un lado las profesionales (derivadas de accidentes laborales, por

---

<sup>120</sup>Vid. Art. 110.1.b) LJS y STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 6 de septiembre de 2017 (rec. 115/2016).

<sup>121</sup>Véase artículos 11.1.f) y 2h), 14.3 y 46.1. del ET.

<sup>122</sup>Vid artículos 37.4, 4 bis, 5 y 7 y 48 del ET.

<sup>123</sup>Cfr STS (Sala de lo social, Sección 1ª) de 11 octubre de 2011 (RJ 2011\7257)

<sup>124</sup>Vid. STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 9 de abril de 2014 (RJ 2014\2600)

<sup>125</sup>Véase artículo 41 CE.

enfermedad profesional, protección del embarazo y la lactancia natural o cuidados de menores con cáncer o alguna otra enfermedad grave) y las comunes, que son todas las restantes y las que nos es posible examinar en el supuesto (prestaciones por desempleo o accidente no laboral).

Dentro de las prestaciones por desempleo, la Seguridad Social desarrolla una doble vía de protección para el denominado desempleo total, que es el correspondiente a este supuesto en el que se produce el cese completo en la prestación de servicios por parte de todos los empleados; y por otra parte protege el desempleo parcial ocasionado por la necesidad de reducir la jornada de algunos trabajadores, el cual no es objeto de este estudio por no aparecer en los hechos expuestos.

Esta protección, a su vez presenta dos niveles: el contributivo, conocido como la “prestación por desempleo”, que es aquel que permite a los trabajadores mantener unas rentas en sustitución a su antiguo salario y que tiene lugar junto con el pago de ciertas cuotas a la Seguridad Social; y el nivel asistencial, también llamado “subsidio por desempleo”, cuya finalidad es reforzar la protección de los trabajadores que no cuentan con unas rentas mínimas y que puede establecerse conjuntamente con el pago de cuotas por jubilación, si el trabajador se encuentra en esa circunstancia, así como con derecho a prestaciones de asistencia sanitaria o prestaciones familiares si es necesario, al igual que los empleados que sí cotizan a la Seguridad Social.

Esta protección que proporciona esta entidad comprende además los cursos de formación y orientación encaminados a buscar la reinserción del trabajador en el mercado laboral lo antes posible, que podría ser considerado también como un tercer nivel.

En lo referente a estas prestaciones, si bien por lo general no se requiere la impugnación del despido para acceder a ellas, en algunos escenarios, el SEPE cuenta con la posibilidad de exigir que el trabajador demuestre haber sido indemnizado por el empresario, a fin de evitar un posible fraude<sup>126</sup>.

### **III.3.j) Conclusiones.**

Por todo lo expuesto en respuesta a estas cuestiones y en relación con la calificación de los tres despidos de improcedentes tal y como se analiza en la primera pregunta, todos los trabajadores despedidos tienen derecho a reclamar la indemnización por despido, junto con la indemnización por falta de preaviso de la extinción a la empresa.

---

<sup>126</sup> Cfr. VVAA.: *Derecho de la Seguridad Social*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs.: 181,182 y 329-335.

### **III.4. ¿Podría alguno de ellos exigir que se le reincorpore a su puesto de trabajo?**

#### **III.4. a) ¿A quién le corresponde decidir la reincorporación del trabajador en su puesto de trabajo?**

Tras la declaración de improcedencia de la extinción de la relación laboral, la regla general es que sea el empresario el que decida indemnizar al trabajador de la manera expuesta en la pregunta anterior, o readmitirlo en la empresa en las mismas condiciones existentes previas al despido junto con el abono de los salarios de tramitación. Si se produce un silencio, es decir, si la empresa no manifiesta su decisión entre las dos alternativas se entenderá que se decanta por la readmisión<sup>127</sup>.

En el caso particular que se nos presenta existe, sin embargo, una excepción a esta regla general en el caso de Don Sergio que, con motivo de su cargo como representante sindical por ser el Secretario de Organización del sindicato CGT, ostenta una serie de derechos a mayores y, entre ellos, el de poder decidir él mismo entre su reincorporación al puesto de trabajo o la indemnización.

Por tanto, es posible afirmar que la opción de reincorporación al puesto de trabajo está presente en los tres supuestos, con la salvedad de que el derecho a decidir de Doña Carmen y Don Agustín lo tiene la empresa CONTRATOPHONE S.A., y Don Sergio lo ostenta él mismo.

Llegados a este punto, si se opta por la readmisión se deben contemplar varios aspectos problemáticos como es el reintegro de las cuantías percibidas en concepto de prestación por desempleo por parte de la entidad gestora, la reincorporación de los trabajadores por incapacidad temporal (como ocurre con Doña Carmen), los posibles incumplimientos por parte del empresario de su deber de puesta a disposición de los salarios de transmisión o del respeto obligatorio de los plazos de readmisión o del trabajador que debe volver a prestar servicios a la empresa entre otras.

Uno de los matices a tener en cuenta y de preceptivo cumplimiento si tiene lugar la reincorporación es que la misma se realice bajo las mismas condiciones que existían antes del despido junto con el abono de los salarios de tramitación<sup>128</sup>.

A pesar de que este hecho puede parecer simple en un primer momento, no está exento de controversia, ya que no existe un criterio uniforme para evaluar cuando una reincorporación es o no irregular. Por ello, es necesario atender a las condiciones específicas de cada caso.

Ante esta posibilidad y entre otros motivos, la demanda por despido debe incorporar cierta información como el lugar de trabajo, sus características concretas, la retribución y categoría profesional del demandante, su antigüedad en la empresa, sus horarios y demás información necesaria para una adecuada y justa readmisión que será más ajustada a la realidad anterior al despido cuanto más detalladas aparezcan explicadas las condiciones del trabajo en la demanda<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup>Cfr. Artículo 56 ET.

<sup>128</sup>Vid. artículo 110 LJS.

<sup>129</sup>Véase art. 104 LJS.

Consecuentemente, cuando se habla de readmisión irregular, se está haciendo referencia a situaciones en las cuales se ofrece al empleado una reincorporación a la empresas en condiciones distintas de las que aparecen en la demanda por despido.

La ausencia del pago de los salarios de tramitación no provoca que la readmisión sea irregular dado que se trata de obligaciones de distinta naturaleza, una es obligación de *dare*(el pago) y otra obligación de *facere*(la efectiva reincorporación), y son exigibles por vías distintas.

La extinción de la relación laboral coloca directamente al trabajador en una situación legal de desempleo sin necesidad de impugnación, lo que produce el nacimiento del derecho a la consiguiente prestación por desempleo<sup>130</sup>.

Por tanto, cuando la extinción sea declarada improcedente y se decante por indemnizar al empleado, éste seguirá percibiendo el paro desde la fecha de despido. Si se rechaza esta alternativa a favor de su readmisión, las prestaciones por desempleo percibidas se tendrán por indebidas por causa ajena a la voluntad del trabajador provocando el cese de su percepción y el nacimiento derecho de la entidad gestora a reclamar las ya concedidas. La empresa CONTRATOPHONE S.A., deberá pagar a la entidad gestora dichas cantidades que podrá deducir con posterioridad de los salarios debidos al trabajador, con el límite de la totalidad de la suma de los mismos. Aquí cabe precisar que es la entidad gestora a quien le corresponde el deber de reclamar la devolución de esas cantidades otorgadas al trabajador. Del mismo modo, en este supuesto la empresa es la encargada de dar de alta y de baja a los empleados de la Seguridad Social y cotizar a la misma por ese periodo en el cual se devengan los salarios de tramitación, que se tiene en cuenta como si el empleado hubiese continuado prestando sus servicios a la empresa<sup>131</sup>.

#### **III.4. b) ¿Qué consecuencias tiene la readmisión para cada una de las partes?**

A tenor de lo establecido por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, cuando se opta por la readmisión, el trabajadores tendrá derecho a los salarios de tramitación, que son aquellos devengados en el tiempo que media entre la fecha de despido y la declaración de improcedencia del mismo o hasta la fecha en que comience otro empleo, siempre y cuando la segunda fuera anterior a la primera. En este segundo caso, el empresario deberá probar el inicio de ese nuevo empleo para evitar pagar más de lo que debe en concepto de salario de tramitación. Su cuantía es equivalente a la que hubiera percibido durante ese tiempo.

Por otra parte, el trabajador que se reincorpora a su antiguo puesto de trabajo deberá hacerlo respetando un plazo mínimo de tres días desde la notificación de la decisión del

---

<sup>130</sup>El artículo 268 LGSS, dice textualmente: 'las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 266 deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo.'.

<sup>131</sup>Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 10ª ed., Tecnos,, Madrid, 2017, pág. 416.

empresario y tendrá que prestar sus servicios del mismo modo en que los llevaba prestando a lo largo de su trayectoria laboral en la empresa, contando con los mismos deberes y derechos como empleado que tenía antes del despido.

Sobre este punto acerca de los derechos de los trabajadores ante un despido improcedente existe una particularidad con respecto a los delegados sindicales y representantes de los trabajadores, y es que el derecho de opción entre readmisión e indemnización les corresponderá a ellos, y no al empresario. Este derecho de opción le corresponderá al representante de los trabajadores hasta un año después del cese de su cargo como tal. Esto es así en base al artículo 1º del convenio 135 de la OIT para proteger al trabajador que ostenta ese cargo si es despedido dentro del año siguiente al cese del mismo<sup>132</sup>.

Asimismo cuando corresponda al empresario decidir la reincorporación del trabajador a su antiguo puesto, tiene la obligación de comunicárselo por escrito dentro de un plazo no superior a los diez días siguientes a contar desde la notificación de la sentencia. Este plazo es importante, pues proporciona una cierta seguridad al trabajador, dado que si pasados esos diez días, el empresario nada dice, se entenderá que acepta su readmisión, teniendo los mismos efectos que si se lo comunicara de manera clara. En este apartado es pertinente mencionar que, cuando el despido haya sido declarado improcedente por falta de los requisitos formales necesarios, el empresario podrá realizar un nuevo despido con efectos a contar desde su fecha, en el plazo de siete días desde que se conoce el resultado de la sentencia<sup>133</sup>.

El respeto del plazo es algo imprescindible, en caso contrario se estará llevando a cabo una readmisión extemporánea, y por tanto la reincorporación del trabajador a su puesto será irregular. De igual modo, si la empresa que no se expresa acerca de la decisión tomada, sin hacer uso de su derecho a elegir establecido en el artículo 56.3 del Estatuto, entendiéndose por tanto, una respuesta afirmativa a esta alternativa, no readmite al trabajador, esta readmisión será también considerada irregular. Ante una readmisión irregular, el trabajador tendrá derecho a interponer un incidente de no readmisión<sup>134</sup>.

El empresario es, en principio, el encargado de pagar los salarios de tramitación al trabajador. No obstante, el mismo tendrá derecho a su vez de reclamar del Estado los salarios de tramitación devengados en los días que superen de noventa días hábiles si la sentencia que declara la improcedencia del despido se dicta con posterioridad a ese plazo. La empresa por tanto, deberá primero abonar la totalidad de los salarios devengados hasta la fecha para, posteriormente, obtener el exceso del Estado que deberá también pagar las correspondientes cuotas de la Seguridad Social<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup>Véase artículo 1º del Convenio de la OIT núm. 135, de 23 de junio. Instrumento de 8 de noviembre de 1972. RCL 1974/1341

<sup>133</sup>Vid. artículo 110.4 LJS.

<sup>134</sup>Véanse los artículos 279 y ss. LJS.

<sup>135</sup>Vid. VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4º ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2016, págs. 745 – 751.

### **III.4. c) Consecuencias de los incumplimientos por parte del empresario y de los incumplimientos por parte del trabajador en la readmisión.**

Cuando el empresario opte por readmitir al trabajador, será necesario que le comunique por escrito la fecha de reincorporación al puesto dentro de un plazo de diez días a contar desde la notificación de la sentencia. Una vez comunicada esta decisión, deberá ser ejecutada después de tres días de ser conocida por su receptor. Sobre este aspecto conviene comentar que se trata de días hábiles, quedando excluidos de este cómputo los inhábiles<sup>136</sup>. Si la empresa no respeta este plazo mínimo de tres días solicitando la reincorporación de alguno de los trabajadores dentro de un plazo inferior, se tendrá por no puesta la fecha y se continuará respetando este espacio mínimo de tiempo exigido legalmente<sup>137</sup>.

Cuando sea el trabajador el que incumpla por no reanudar sus actividades para la empresa tras haber sido aceptada su reincorporación al puesto de trabajo, perderá su derecho a la percepción de todos los salarios de tramitación desde el momento de su despido y se producirá la definitiva extinción de su relación laboral por las ausencias reiteradas e injustificadas al trabajo<sup>138</sup>.

### **III.4. c) Conclusiones**

Teniendo en cuenta el análisis anterior, la respuesta a esta cuestión de si alguno de los trabajadores cuenta con la posibilidad de exigir su reincorporación al puesto de trabajo es afirmativa ya que Don Sergio, que ostenta el cargo de representante sindical y en virtud de las razones expuestas en este apartado, sí que podría solicitar su readmisión en la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de un nuevo despido por parte de la misma, posibilidad que aparece analizada en la pregunta III.1 de este trabajo.

---

<sup>136</sup>Véase artículo 133 LEC.

<sup>137</sup> Cfr. STS (Sala de lo Social) de 23 de julio de 2008 (rec 3682/2007).

<sup>138</sup>Vid. artículo 54.2.a) ET y 278 a 281 LJS.

#### IV. CONCLUSIONES

Tras la rescisión de un contrato de trabajo es necesario examinar si la misma es procedente, improcedente o nula. Para ello, el trabajador, en caso de no estar de acuerdo con la misma, puede acudir a la justicia para cuestionar la extinción.

El trabajador tiene la posibilidad, durante un plazo determinado, de presentar una demanda por despido. Es fundamental que el escrito de la demanda respete las formalidades correspondientes establecidas para el proceso, tales como una descripción minuciosa de los hechos alegados por el empresario, las condiciones previas de trabajo (lugar, tipo de actividad, horario,..) o la fecha de efectividad del despido. Esta última se tiene en cuenta a efectos de poder presentar la demanda, no obstante el demandante puede presentarla una vez recibida la carta de despido, sin necesidad de esperar a que la extinción sea efectiva.

En conexión con lo anterior, existen especialidades para algunos trabajadores que también se observan en este supuesto. El despido de Don Sergio, dada su condición como Secretario del Sindicato CGT, cuenta con la formalidad de dar audiencia previa a los delegados sindicales con carácter previo a su despido, aspecto que la empresa CONTRATOPHONE S.A., no parece haber contemplado. Por tanto, en su demanda, este trabajador podrá alegar esta circunstancia, al contrario que Doña Carmen y Don Agustín.

Por otra parte, en el proceso de despido existe un requisito obligatorio debido a la necesidad de agotar las vías previas previstas para evitar el proceso, traducidas en la celebración del acto de conciliación. En este supuesto, los tres trabajadores deberán realizarlo para que la demanda sea aceptada por parte del órgano judicial correspondiente. En relación con lo anteriormente expuesto se analizan las consecuencias que puede acarrear la ausencia de alguna de las partes en este acto. Si los trabajadores, sin alegar justa causa, no se presentan al acto de conciliación, el proceso se dará por terminado. Por su parte, si es la empresa, CONTRATOPHONE S.A., la que no asiste, se entenderá intentado el acto continuando el proceso. Este acto de conciliación se inicia con la presentación una papeleta de conciliación en la que se deben reflejar todos y cada uno de los hechos que deseen ser apreciados en el juicio posterior. La omisión de algún hecho provocará su exclusión del proceso, por ello resulta muy importante realizar correctamente esta papeleta, ya que determinará en gran medida la resolución final.

En el supuesto objeto de análisis los tres despidos son improcedentes, calificación que puede derivarse de tres circunstancias diferentes. En primer lugar, por no acreditar el incumplimiento alegado en la carta de despido, es decir, que dicho comportamiento no haya tenido lugar. En segundo lugar porque, en caso de haberse producido, no hubiera contado con los requisitos exigidos de culpabilidad y gravedad para el despido<sup>139</sup>. Por último, cuando falte alguno de los requisitos formales preceptivos en la carta de despido (carta de despido, expediente contradictorio, audiencia previa de los delegados sindicales,..). Si bien, en esa segunda situación el propio Estatuto de los Trabajadores establece una distinción entre el colectivo de trabajadores, por un lado, y aquellos que

---

<sup>139</sup>Véase artículo 54.1 ET.

ostentan el cargo de representante o delegado sindical, por otro. En este estudio se analizan ambas figuras, ya que los en los dos primeros despidos (Doña Carmen y Don Agustín) se trata de trabajadores ordinarios, mientras que Don Sergio es el Secretario de Organización del sindicato CGT.

En este caso, los tres despidos son improcedentes por diversos motivos. En el supuesto de Doña Carmen, el incumplimiento alegado por CONTRATOPHONE S.A., no ha tenido lugar, ya que su bajada de rendimiento no es real por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal. Por otro lado, las ausencias de Don Agustín no son válidas para proceder a su despido ya que todas ellas estaban justificadas y no llegaban a alcanzar el límite mínimo requerido para que su despido pueda ser procedente. Por último, el despido de Don Sergio es improcedente dada la falta de observación de los requisitos formales necesarios, la empresa no dio audiencia previa a los delegados sindicales y, teniendo en cuenta la condición de este trabajador como representante sindical, la ausencia de éste provoca la improcedencia de su despido. Sin embargo, en esta última situación, los hechos alegados sí constituyen un fundamento para un posible despido disciplinario, contando el empresario con la posibilidad de realizar un nuevo despido, una vez subsanados los requisitos formales.

Tal y como se ha expuesto, cada despido es improcedente en virtud de distintos motivos, pero todos ellos tienen un elemento común que también sirve para acreditar la improcedencia, esto es, el requisito formal de la fecha de despido. En las cartas de despido expedidas por CONTRATOPHONE S.A., no consta esta fecha, por tanto sería a su vez posible declarar la improcedencia por este hecho. La fecha en la que el despido se vuelve efectivo es de enorme importancia para el cálculo de la indemnización por despido, ya que se tienen en cuenta todos los días trabajados desde el inicio del contrato de trabajo hasta su fin, por lo que su ausencia dificulta este cálculo.

Una vez declarada la improcedencia de los tres despidos, se plantea el derecho de opción entre la readmisión de los mismos o la indemnización. Este derecho es indisponible por los trabajadores y corresponde al empresario decantarse por una u otra alternativa. Sin embargo, existe una excepción en caso de que el trabajador sea un representante de los trabajadores o un delegado sindical, condición que reúne Don Sergio en calidad de representante, dado su cargo como Secretario de Organización del sindicato.

Como consecuencia de la readmisión, la empresa CONTRATOPHONE S.A. se vería obligada a facilitar la reincorporación de los tres en las mismas condiciones existentes antes del despido, junto con la obligación de abonarles los salarios de tramitación devengados entre el cese de la relación laboral y el dictamen de la sentencia. Por esta razón, en la demanda por despido es imprescindible detallar cuáles eran las condiciones del trabajador en la empresa previas a la extinción de su contrato (lugar de trabajo, tipo de actividad, jornada laboral incluyendo las horas extra,...). Cuanto más minuciosa sea la descripción, más adecuada será la resolución del proceso. Aquí resulta pertinente hacer una puntualización y es que, si la improcedencia del despido se debe a causas meramente formales (como es el de Don Sergio), el empresario podrá realizar un nuevo despido que producirá efectos desde su fecha.

Por otro lado, si finalmente CONTRATOPHONE S.A. opta por indemnizar a los mismos, deberá hacerlo tal y como aparece establecido en el artículo 56.1. del Estatuto

de los Trabajadores, con la salvedad de aquellos contratos realizados con anterioridad al 12 de febrero del año 2012 cuyo cálculo, como se analiza en el caso, que será ligeramente diverso. Para ello es importante la delimitación del salario regulador, que es aquel percibido por el empleado con anterioridad a su despido. Su concreción no está exenta de controversia dadas las numerosas partidas que conforman el salario (dinerarias o en especie), siendo por lo general las partidas no dinerarias las más cuestionadas (las dietas, las cotizaciones a la Seguridad Social, los gastos de viaje, los plus otorgados por ejemplo los de antigüedad, los de nocturnidad o los de cabina, los seguros médicos, etc).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Alegre Nueno, M.: *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.

García Murcia, J. “Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 52, 1992.

García-Perrote Estartín, I. : *Manual de derecho del trabajo*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Goerlich Peset, JM. y Nores Torres, LE: ‘El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido’ en *Revista de Información Laboral*, nº 11, 2017.

Marín Moral, I.: *La indemnización por despido*, 2ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

Palomeque López, MC. y Álvarez de la Rosa, M.: *Derecho del Trabajo*, 24ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces., Madrid, 2016.

Sánchez Pérez, José: ‘El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de la protección de la salud’, en *Revista de información laboral*, núm.5, 2017.

Velasco Portero, Mª T. y Miranda Boto. JM.: *Curso elemental de Derecho del trabajo y la Seguridad social*, tercera edición, Tecnos ,Madrid, 2017.

VV.AA: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. Cruz Villalón. J., García-Perrote Escartín.I., Goerlich Peset. JM. y Mercader Unuina. JR., 4º ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2016.

VVAA.: *Derecho de la Seguridad Social*, Dir. Roqueta Buj, R. y García Ortega. J., 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

## V. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJUE (Sala segunda) de 11 abril 2013 (TJCE 2013/122), Doctrina Ring

STJUE de 1 de diciembre de 2016 TJCE 2016/308

STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016/308), Asunto Daouidi.

### **Tribunal Constitucional**

STC (2º) de 25 de septiembre de 1995 (RTC 134/1995).

### **Tribunal Supremo**

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 diciembre 1986 (RJ 1986/7315).

STS (Sala de lo Social) de 23 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7583)

STS (Sala de lo Social) de 12 de mayo de 1988 (RJ 1988/3614)

STS (Sala de lo Social) 24 julio 1989 (RJ 1989/5909)

STS (Sala de lo Social) 17 de julio 1990 (RJ 1990/6413).

STS de 7 diciembre 1990 (RJ 1990/9760)

STS (Sala de lo Social) de 28 de febrero 1991 (RJ 1991/ 883)

STS (Sala de lo Social) de 23 de mayo 1995 (RJ 1995\5897)

STS (Sala de lo Social) de 18 febrero 1997 (RJ 1997\1448)

STS (Sala de lo Social) de 29 de enero de 2001 (RJ 2001\2069)

STS de 21 de octubre de 2004 (rec. 4966/2002).

STS (Sala de lo Social) de 26 de junio de 2005 (RJ 2005/7147).

STS (Sala de lo Social) de 21 de septiembre 2005 (RJ 2005\7650)

STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 30 de junio de 2008 (RJ 2008\7047)

STS (Sala de lo Social) de 23 de julio de 2008 (rec 3682/2007).

STS (Sala de lo social, Sección 1ª) de 11 octubre de 2011 (RJ 2011\7257)  
STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 9 de abril de 2014 (RJ 2014\2600)  
STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 17 de diciembre de 2014 (RJ 2015/1902)  
STS (Sala de lo social) de 12 de mayo de 2015 (RJ 2015\2429)  
STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 mayo de 2016 (RJ/2016/2152)

### **Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) de 23 de junio de 1995 (AS\1995\2415)  
STSJ Madrid, 21 marzo 1996 (AS 1996/545).  
STSJ Sevilla, Andalucía, 22 de diciembre 1998 (AS 1998/7799).  
STSJ de Madrid (Sala de lo social, Sección 2º) de 10 de febrero de 2000 (AS 2000/1541)  
STSJ Galicia 13 de marzo 2002 (AS 2002/778).  
STSJ Madrid (Sala de lo Social, sección 1º) de 5 de noviembre de 2007 (AS 2008/490).  
STSJ (Sala de lo Social, Sección 2ª) Madrid de 21 de noviembre de 2006 (rec. 3612/2006).  
STSJ (Sala de lo Social, Sección 1º) de 12 de junio de 2010 (JUR 2010/133966)  
STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) de 19 junio de 2013 (JUR 2013/250722)  
STSJ Cantabria, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 24 de julio de 2013 (RJ 1902/2015)  
STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 6 de septiembre de 2017 (rec. 115/2016).

