



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



TRABAJO DE
FIN DE
GRADO

EL DESPIDO LABORAL POR ABSENTISMO



Alumna: Leticia García Franco

Tutor: Luis Fernando de Castro Mejuto

2017 – 2018

GRADO EN DEREITO

A Coruña. Febrero 2018.





EL DESPIDO LABORAL POR ABSENTISMO

ÍNDICE

Abreviaturas	4
Introducción	6
CAPÍTULO I. El Caso	7
CAPÍTULO II: Análisis jurídico de las cuestiones laborales de cada uno de los trabajadores	9
A. Doña Carmen	9
● Análisis.....	9
● Cuestiones.....	12
● Conclusiones.....	21
B. Don Agustín	22
● Análisis.....	22
● Cuestiones.....	23
● Conclusiones.....	35
C. Don Sergio	36
● Análisis.....	36
● Cuestiones.....	38
● Conclusiones.....	43
Conclusiones finales	45
Bibliografía	46
Apéndice jurisprudencial	48
Apéndice legislativo	49

ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
Accidente IT	Accidente “ <i>in itinere</i> ”
Art./s	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Convenio Colectivo
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
D.A.	Disposición Adicional
D.F.	Disposición Final
D.T.	Disposición Transitoria
Ed. / Eds.	Editor/es
EDJ.	El Derecho Editores
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
IP	Incapacidad Permanente
IT	Incapacidad Temporal
LGDPDIS	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
LMURMT	Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral
LO	Ley Orgánica
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
Núm.	Número
p. / pp.	Página/s
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RD	Real Decreto
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
Rec.	Recurso
RJ.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi



SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La reciente crisis económica ha supuesto un impacto negativo en los niveles de empleo, especialmente en los últimos años, en los cuales se han llevado a cabo importantes revisiones de los contenidos del Derecho laboral. Estas modificaciones han obligado a una constante adaptación a las nuevas realidades, en particular en lo tocante a la finalización del vínculo contractual por razones de absentismo laboral.

El término “absentismo”, procede del vocablo latino “*absentis*”, y se aplicaba especialmente a los terratenientes irlandeses que vivían en Inglaterra, y que abandonaron sus tierras, aunque fue a partir del S. XVIII, con la Revolución Industrial, cuando se le atribuyeron nuevas acepciones al concepto¹. No obstante, desde ese momento, hasta hoy, el concepto de absentismo, se usa para hacer referencia a los obreros que se ausentan de su puesto de trabajo². Actualmente el concepto de absentismo (o más concretamente, el índice de absentismo) sirve para calibrar el porcentaje de faltas de inasistencia al trabajo que presenta cada trabajador (hasta el 2012, dicho índice particular se medía en relación con el de la totalidad de la plantilla).

El absentismo es un fenómeno que ha estado ligado durante toda la historia, a la relación laboral. Es un hecho, que estas conductas, se han convertido en la actualidad, en un problema esencial, para muchas compañías, por los desajustes empresariales que provoca.

La norma por excelencia que regula esta materia en España, es el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que ha sido modificado con especial intensidad, por la Ley 3/2012, en cuanto al tratamiento extintivo del absentismo laboral, especialmente en cuanto al empleo de la modalidad objetiva de despido.

Con la sociedad de nuestros días, avanzando de forma vertiginosa, y las leyes laborales caminando dos pasos por detrás, la jurisprudencia, se encuentra ante un gran reto: encontrar solución a este nuevo fenómeno del absentismo, que se sitúa ya, como una de las causas de extinción de la relación laboral, más problemática.

A lo largo del presente Trabajo de Fin de grado, estudiaremos tres despidos diferentes, donde podremos situar el fenómeno del absentismo laboral, en un contexto diferente, que nos permitirá conocer de qué manera afecta este, a la relación laboral.

En este Trabajo, pretendo llevar a cabo un asesoramiento jurídico del todo hipotético, de cada uno de los trabajadores que han sido despedidos por la empresa CONTRATOPHONE, S.A., ya que los datos facilitados, son genéricos o escasos, por ende, que el abanico de posibles soluciones es, cuanto menos, amplio.

¹ TOLEDO OMS, A., *El despido sin causa del trabajador en Situación de Incapacidad Temporal*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2009, p. 189.

² NOVA MELLE, P., *El absentismo laboral como indicador de unas deficientes condiciones de trabajo*, Universidad Complutense de Madrid. Cuadernos de Relaciones Laborales nº 9. Serv. Public. UMC. Madrid 1996, p. 229.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN AL CASO: ANTECEDENTES DE HECHO.

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

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

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

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

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

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

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

- En octubre se ha ausentado tres días durante la primera semana del mes por un fuerte dolor en la zona cervical, y en la tercera semana se ausentó dos días por una gastroenteritis.

- En noviembre, inició proceso de incapacidad temporal por bronquitis, no acudiendo a su puesto de trabajo durante 6 días por ese motivo.

- En marzo, se ausentó 4 días al sufrir una reacción alérgica.

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

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

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

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

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

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?

CAPÍTULO II: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES.

El Caso aquí estudiado, presenta la controversia laboral en la que se encuentran 3 trabajadores de la empresa CONTRATOPHONE S.A, cuya sede radica en A Coruña.

Por lo que respecta a las diferentes circunstancias en la que sus contratos de trabajo han sido rescindidos, se ponen de relieve los diferentes tipos de contingencias laborales, sus calificaciones jurídicas, y sus consecuencias, desde el punto de vista social y laboral.

A. DOÑA CARMEN:

ANÁLISIS

Por una parte, Carmen, es miembro de un equipo de trabajo compuesto por 20 personas, cuyos objetivos laborales, son alcanzar determinadas ventas para una campaña realizada por la empresa.

A tenor del Caso, Carmen sufre un accidente de tráfico, el día 2 de mayo, a consecuencia del cual, le fue diagnosticado mediante informe médico, un “*latigazo cervical*”, por lo que se le inició un proceso de incapacidad temporal (proceso IT), cuya fecha de finalización sería el día 26 de mayo.

Por otra parte, en referencia al accidente sufrido por la trabajadora, se desconoce la hora y las circunstancias en las que ha tenido lugar el mismo, y por lo tanto, no tenemos base suficiente, para determinar si se trata de un accidente de tráfico meramente (por lo que la baja laboral posterior, se debe a enfermedades de origen común, o a accidentes no laborales, es decir, las llamadas contingencias comunes), o bien se podría encuadrar el contratiempo, en un supuesto de accidente en el trayecto, o *accidente “in itinere”*³, que no es más que aquel accidente sufrido por el trabajador durante el desplazamiento hacia o desde el lugar de trabajo, y que se considera accidente laboral. Este contratiempo está contemplado en el artículo 115.2. a) de la Ley General de la Seguridad Social, definidos de forma literal como aquellos que “*sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo*”, y por lo tanto, su baja se encuadrará dentro de las catalogadas como baja por contingencias laborales. Al hablar de accidentes “*in itinere*”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido considerando, que sólo se podrán calificar como tal, aquellos que se producen cuando el desplazamiento venga impuesto por la obligación de acudir al trabajo.

Siguiendo el curso de los acontecimientos, y teniendo en cuenta la situación de baja por incapacidad temporal de Dña. Carmen, la empresa le comunicó mediante carta de fecha de 22 de mayo, la rescisión de su contrato, por motivos de bajo rendimiento

³ Loc. lat.; literalmente “en el camino”. Real Academia Española. (2018). Diccionario de la lengua española (23.aed.2014). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

manifestado de manera continuada y voluntaria, en relación con la actividad normal y exigible. Entendió la compañía, que la trabajadora hizo caso omiso a las diferentes advertencias, y alegó que su rendimiento en cuanto a las ventas de la campaña, era inferior a la media de sus compañeros. Hecho que resulta determinante, para la rescisión de su contrato.

La Real Academia Española (RAE) de la lengua, define la incapacidad temporal como una “*situación de enfermedad o de padecimiento físico o psíquico que impide a una persona, de manera transitoria o definitiva, realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la seguridad social*”⁴.

La regulación de estos procesos de incapacidad de los trabajadores, ha sido recientemente modificada, concretamente el 1 de septiembre de 2014, fecha en la que entró en vigor el Real Decreto 625/2014, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal⁵, lo que supuso la derogación de forma expresa, del RD 575/1997, de 18 de abril⁶. Este nuevo Real Decreto es de aplicación para todos los procesos de incapacidad en cualquier tipo de contingencia, común o profesional, durante el primer año de la misma, y bien sea para trabajadores por cuenta ajena, o propia (siendo excluidos ciertos regímenes especiales).

Con todo, para analizar la calificación jurídica de la situación que concurre en el despido de la trabajadora Dña. Carmen, **en situación de incapacidad temporal**, es preciso considerar, que la incapacidad temporal, se encuentra recogida en el Capítulo V, “*Incapacidad temporal*”, artículos 169 a 176, del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁷, donde se ofrece una definición sobre lo que se entiende por **incapacidad temporal** (artículo 169).

Un trabajador está en situación de incapacidad temporal, cuando debido a una enfermedad común o profesional, o a un accidente, ya sea laboral o no, se encuentra impedido para prestar servicios y recibe la asistencia sanitaria de la Seguridad Social⁸.

El hecho de que a Dña. Carmen se le haya reconocido la situación de incapacidad temporal por las causas previstas en el artículo 169.1.1 de la LGSS, supone la suspensión del contrato de trabajo, en base al artículo 45.1.c) del Estatuto de los trabajadores, y por lo tanto, dicha suspensión, tiene como consecuencia directa, “*la*

⁴ Real Academia Española. (2018). *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.2014). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

⁵ Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. («BOE» núm. 176, de 21 de julio de 2014, páginas 57579 a 57596).

⁶ Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal. («BOE» núm. 98, de 24 de abril de 1997, páginas 13132 a 13135).

⁷ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. («BOE» núm. 261, de 31/10/2015).

⁸ ALONSO OLEA, M., *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2º edición, Civitas, Madrid, 1995, pp. 43- 44.

exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”⁹, así como lo dispuesto en el artículo 48 del citado Cuerpo Legal, en cuanto a la reserva de su puesto de trabajo.

La actual regulación del despido, parte de lo dispuesto en el artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁰, que regula la extinción del contrato.

Antes de analizar el despido de Dña. Carmen, es necesario hacer referencia, al poder disciplinario de la empresa, y tener claro que el trabajador está sometido y subordinado al empresario, debiendo obediencia al mismo (artículo 1.1 del citado ET), cuyos deberes básicos son “*cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*” (artículo 5 ET), “*estando obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue*” (artículo 20 ET). Consecuencia de este poder empresario, surge el despido disciplinario, que se encuentra regulado en los artículos 54 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, y desde el punto de vista procesal, en los artículos 103 a 113 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹¹. El artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, define el despido disciplinario como una voluntad unilateral del empresario, cuyo motivo es penalizar una conducta culposa y grave del trabajador en el seno de la relación laboral, lo que quiebra del todo, la confianza que se presupone entre las partes (trabajador y empresario)¹².

Es precisamente en este artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, concretamente en el apartado e), donde se encuentra recogida la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, es decir, la causa de despido que alega la empresa CONTRATOPHONE, S.A., para rescindir el contrato de la trabajadora.

El Convenio Colectivo aplicable a Dña. Carmen es el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing)¹³. En su artículo 68 se recoge una lista tasada sobre la consideración de las sanciones, donde se recoge el despido, como motivo de sanción, para los casos de faltas muy graves.

La dificultad de la empresa, radica precisamente en cómo acreditar la disminución real del rendimiento de la trabajadora, pues con carácter general, es muy complicado medir el rendimiento de un trabajador (exceptuando casos concretos).

⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. («BOE» núm. 255, de 24/10/2015).

¹⁰ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. («BOE» núm. 255, de 24/10/2015).

¹¹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. («BOE» núm. 245, de 11/10/2011).

¹² RINCÓN SÁNCHEZ, C., *Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos*, 10ª edición, Ediciones CEF., Madrid, 2017, pp. 15- 16.

¹³ Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing). («BOE» núm. 165, de 12 de julio de 2017, páginas 59955 a 60001).

La jurisprudencia, ha determinado que las características necesarias para entender el bajo rendimiento como causa de resolución contractual son, en resumen, la concurrencia de voluntariedad o intencionalidad del trabajador, y la reiteración.

La idea de rendimiento está asociada a la obtención de un beneficio o provecho, pero desde el punto de vista laboral, podemos entenderlo como la idea de alcanzar ciertos objetivos o metas, en relación a los recursos disponibles por el trabajador. Téngase en cuenta que de Dña. Carmen es miembro de un equipo de trabajo compuesto por 20 personas, con unos objetivos de venta concretos, para una temporada concreta (primavera), y que por lo tanto el rendimiento que se valora por parte de la empresa, no es anual, sino el de unos meses concretos.

CUESTIONES

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

Tal y como se ha comentado con anterioridad, el motivo por el que se ha rescindido el contrato de trabajo de Dña. Carmen, bajo el punto de vista de la empresa, se encuentra recogido como causa de incumplimiento contractual, dentro en el apartado e) artículo 54.2 del ET. Este artículo contiene un listado tasado de causas que pueden fundamentar el **DESPIDO DISCIPLINARIO** no obstante, para que este sea válido, el incumplimiento debe ser grave, y además culpable.

Esta causa de incumplimiento, se basa en la **productividad del trabajador**, es decir, que Dña. Carmen, no solo debiera prestar trabajo al empresario, y como contraprestación recibir un salario mensual, sino que la trabajadora debe alcanzar un rendimiento u objetivos determinados, dentro de una campaña con necesidades concretas.

Es sabido que, dentro de los deberes laborales del trabajador, el artículo 5 del ET reconoce, en su letra a), el de “*cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia*; y en su letra e), “*contribuir a la mejora de la productividad*”.

Dña. Carmen, por lo tanto, tiene como deber básico cumplir con estas obligaciones concretas para su puesto de trabajo, en base a las *reglas de la buena fe y al deber de diligencia*.

Por **diligencia**, la RAE entiende *el cuidado y actividad en ejecutar algo*¹⁴. Para que el trabajador realice su prestación laboral con el correcto nivel de diligencia, habrá de conocer previamente cuál es *el nivel de rendimiento debido* a la empresa. El ET establece, en el artículo 20.2: “*En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el*

¹⁴ Real Academia Española (2018). *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.2014). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.”

Por ello, si no se consiguen los objetivos marcados por la empresa por causa de una dejación voluntaria del esfuerzo por conseguirlos, se producirá un incumplimiento contractual; y si dicha conducta es continuada, podría motivar un despido disciplinario.

Al hablar, por tanto, de **disminución de rendimiento como causa generadora del despido**, debe tratarse de un descenso notable y llamativo en el nivel de rendimiento exigible y con una duración determinada¹⁵.

El bajo rendimiento del trabajador, como cualquier otra causa disciplinaria, debe ser probado por el empresario, como se establece en el art. 105.1 de la LJS.

Así por ejemplo, una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia¹⁶, estableció que los 3 requisitos para que proceda la bajada de rendimiento, como despido disciplinario serán:

- a) *“Disminución de rendimiento normal o pactado que implica, aparte de la gravedad del incumplimiento y su continuidad que su realidad pueda apreciarse a través de un elemento de comparación que opere dentro de condiciones homogéneas [...]”*
- b) *“Que el incumplimiento sea continuo, no bastando a tal efecto disminuciones de rendimiento esporádicas, ocasionales o aisladas (STS de 13 de febrero de 1990, o 23 de marzo de 1990)”*.
- c) *“Que tal disminución sea voluntaria y culpable de tal forma que no sería sancionable disciplinariamente tal disminución cuando la misma no se deba a una causa imputable al trabajador [...]”*.

• En resumen, tratándose de un **DESPIDO DISCIPLINARIO**, se necesita un **incumplimiento contractual debido a la disminución del rendimiento normal o pactado**, y por lo tanto es necesario un término de comparación entre los objetivos o el rendimiento exigible y el ofrecido por la trabajadora, y **que redunde negativamente en la empresa**; debiéndose a **una actitud voluntaria del trabajador** que perdure en el tiempo, es decir que sea **continuado**.

En la Carta de Despido se señala que el promedio de ventas de la trabajadora, de 13.6 productos al día, es inferior a la de otros compañeros, y también a los 20 productos que la compañía prevé como referencia diaria.

La primera cuestión a analizar, es si tales ratios de venta eran conocidos por la trabajadora, y en su defecto si los mismos podrían considerarse una exigencia empresarial razonable: hasta el punto de motivar un despido disciplinario. Desde luego,

¹⁵ *Especial causalidad despido disciplinario (V). Disminución del rendimiento.* (2018). Tuasesorlaboral.net. Recuperado el 31 de enero de 2018, de <http://www.tuasesorlaboral.net/categorias-de-estudio/temas-juridicos/28-especial-causalidad-despido-disciplinario-v-disminucion-del-rendimiento>

¹⁶ STSJ Galicia de 19 de junio de 2013, (rec. 881/2013).

la literalidad de la Carta podría no ser suficiente para permitir un conveniente ejercicio del derecho a la defensa de la trabajadora.

Una cuestión a considerar es la distinción entre el bajo rendimiento originado por “causas objetivas” y el bajo rendimiento voluntario.

El Tribunal Supremo ha definido la ineptitud sobrevenida como la “*inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador: bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.*”¹⁷ El Alto Tribunal estableció, entre otros requisitos, que la ineptitud debe ser “*general, para todas o las más esenciales tareas o funciones del puesto de trabajo, no bastando que la ineptitud se refiera sólo a algunas concretas funciones aisladamente consideradas*”¹⁸.

La ineptitud sobrevenida es causa de **DESPIDO OBJETIVO**, de acuerdo con el art. 52.a) del ET.

Aunque tendríamos que asegurarnos de que la situación de IT en que se hallaba doña Carmen en la fecha del despido no se ha tomado en cuenta por la empresa para determinar el cálculo de sus promedios de ventas, es evidente que dicha situación de baja nunca podría dar lugar a un *despido objetivo por ineptitud sobrevenida*: toda vez que esta circunstancia ha de proyectarse necesariamente sobre una situación de actividad.

Por lo tanto, nos hallamos ante un **DESPIDO DISCIPLINARIO**, cuyos hechos deberán ser probados por el empresario. En principio, si es capaz de probarlos y demostrar la existencia de un incumplimiento grave y culpable en los términos expuestos, el mismo será declarado PROCEDENTE; de lo contrario, estaremos ante un despido IMPROCEDENTE.

- Podríamos también plantearnos si el despido de Dña. Carmen podría ser calificado como **NULO** por los Tribunales, por razones de discriminación, al haberse producido durante la situación de incapacidad temporal –IT- de la trabajadora.

Durante los últimos años, la doctrina y numerosa jurisprudencia, ha entendido que el hecho de que un empresario procediese a la resolución del contrato de trabajadores en situación de IT no suponía un quebrantamiento del derecho fundamental a la no discriminación, ya que la enfermedad es una *situación contingente que afecta por igual a todas las personas*, por lo que, en todo caso, el despido tendría que ver con razones de productividad o rendimiento, no por el hecho de estar enfermo¹⁹. Ilustra esta doctrina el supuesto de un trabajador despedido en situación de IT, cuyo despido fue declarado **improcedente, y recurrido finalmente en amparo ante el Tribunal**

¹⁷ STS 2 de mayo de 1990 (RJ 1990\3937).

¹⁸ STS de 14 Julio 1982 (RJ 4613).

¹⁹ *El efecto perverso del reconocimiento como discapacidad de las incapacidades laborales temporales: A propósito de la SJS n.º 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 | Derecho Laboral Social.* (2018). Laboral-social.com. Recuperado el 31 de enero de 2018, de <http://www.laboral-social.com/it-discapacidad-despido-nulidad-discriminacion-daouidi-sjs-33-barcelona-472-2016-23-diciembre.html>

Constitucional (Recurso de Amparo 3912-2005²⁰), pretendiéndose su nulidad por discriminatorio (alegándose la vulneración del derecho a no ser discriminado por una condición personal, artículo 14 CE²¹; derecho a la integridad física y moral, artículo 15 CE; y derecho a la intimidad, artículo 18 CE); que resultó desestimado. A tenor de esta STC, el despido sólo podía ser calificado como procedente o improcedente.

Pero el anterior statu quo ha cambiado, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2016 (C-395/15, *Caso "Daouidi"*)²², que **equipara la concreta situación de IT en que se encontraba el trabajador con una situación de "discapacidad": que sí permitiría calificar como discriminatorio el despido.**

La **definición de discapacidad**, viene recogida en el artículo 2, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social²³, donde a efectos de la Ley, por discapacidad se entenderá lo siguiente:

Art.2.a) "Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás."

El mismo Real Decreto, recoge las **definiciones de discriminación directa, e indirecta**, a efectos de la Ley, por lo que es importante tener clara esta distinción, antes de analizar la posible situación de discriminación, que puede estar padeciendo la trabajadora Dña. Carmen:

Art. 2.c) "Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad".

Art.2.d) "Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios".

Al hilo de esto, cabe señalar que durante los últimos años, la doctrina y numerosa jurisprudencia, ha entendido que el hecho de que un empresario procediese a la rescisión de contrato de trabajadores en situación de incapacidad temporal, no supondría

²⁰ STS de 26 de mayo de 2008, 62/2008, (Rec. de Amparo n.º 3912/2005).

²¹ Constitución Española («BOE» núm. 311, de 29/12/1978).

²² STJUE de 1 de diciembre de 2016 (Asunto C-395/15).

²³ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. («BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, páginas 95635 a 95673).

una quebrantamiento del derecho fundamental a la no discriminación, ya que la causa del despido, sería por razones de disminución de la productividad, o bajada de rendimiento, pero no por el padecimiento de la enfermedad²⁴.

Establece esta STJUE, literalmente lo siguiente: *«a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU (Decisión 2010/48²⁵), el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78²⁶ debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»*. Entiende esta Sentencia que *“si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de discapacidad”*.

A más abundamiento, la opinión del TJUE en esta Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, se centra en la línea de interpretación del “Asunto Chacón Navas”²⁷ y del “Asunto Ring”²⁸.

En el “Caso Daouidi, C-395/15”, tiene por parte demandante, a un trabajador que fue víctima de un accidente laboral, debido al cual, le fue expedida una baja por incapacidad temporal de 10 meses. En este caso, la reincorporación al puesto de trabajo a corto plazo, difícilmente se llevaría a cabo, pues la duración de su recuperación era incierta, por lo que esta limitación del trabajador, podría considerarse como “duradera” al amparo de la Directiva 2000/78.

Por otro lado, en la Sentencia también se cuestiona si hubo discriminación por parte de la empresa, por razón de la duración de su limitación, hecho que quedó acreditado en la Sentencia, donde se expresa literalmente que *“transcurridos más de 53 días desde el accidente [...] la empresa era perfecta conocedora que su limitación no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”*.

Por lo tanto, a tenor de esta Sentencia, la característica determinante de la discriminación, es la extensión temporal incierta de la situación de incapacidad del trabajador.

En este sentido, cabría preguntarse si la situación de Dña. Carmen ofrece similitudes con la del Sr. Daouidi: y parece claro que no lo es, puesto que la situación de IT de doña Carmen tiene una duración –a la fecha del despido- de tan solo 24 días, y el

²⁴ *El efecto perverso del reconocimiento como discapacidad de las incapacidades laborales temporales: A propósito de la SJS n.º 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 | Derecho Laboral Social.* (2018). Laboral-social.com. Recuperado el 31 de enero de 2018, de <http://www.laboral-social.com/it-discapacidad-despido-nulidad-discriminacion-daouidi-sjs-33-barcelona-472-2016-23-diciembre.html>

²⁵ Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE).

²⁶ 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. («DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22).

²⁷ STJUE de 11 de julio 2006, (Asunto C-13/05)

²⁸ STJUE de 11 de abril 2013, (Asuntos C-335/11 y C-337/11).

diagnóstico de “latigazo cervical” (si es que la empresa lo conociere) no puede considerarse grave ni previsiblemente duradero.

La Directiva, entiende que “*el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera»*”. La misma Directiva, recoge en el artículo 2.1, que “*si se aprecia que la limitación de capacidad es «duradera», un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que pretende la Directiva 2000/78*”, y por lo tanto si constituye una discriminación.

Por lo tanto, parece que las únicas calificaciones posibles, en el caso de Doña Carmen, **serán las de PROCEDENTE o IMPROCEDENTE.**

2. ¿Tiene motivos la trabajadora para emprender algún tipo de acción legal?

Al hilo de lo expuesto anteriormente, con anterioridad a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2016, se abrirían dos vías por las que Dña. Carmen podría impugnar la rescisión de su contrato, es decir, por un lado, podría impugnar jurídicamente el despido calificado como objetivo, y por otro, podría ejercer acciones legales para reclamar contra el despido disciplinario.

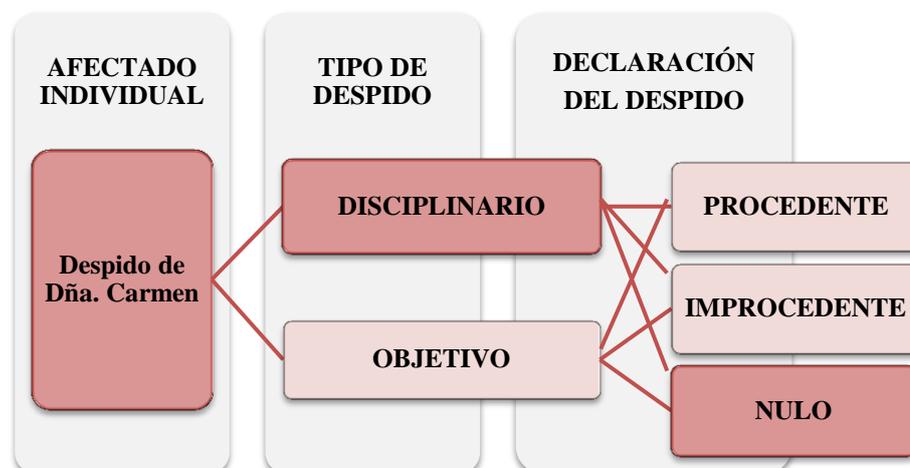
- El despido que más controversia genera entre los trabajadores, es el calificado como **DESPIDO DISCIPLINARIO** (apartado e) del artículo 54 ET), mediante el cual, se rescinde el trabajador por parte de la empresa, sin necesidad de haber llevado a cabo el preaviso de 15 días, establecido por la Ley, y sin obligación de pago de indemnización por despido, y por lo tanto, se trata de un despido nada favorecedor para los intereses del trabajador, ya que supone el la manifestación más grave del poder disciplinario del empresario.

- No obstante, y en base a lo estudiado con anterioridad, debemos entender que el despido de Dña. Carmen, **debe ser calificado por los Tribunales, como un DESPIDO NULO** (artículo 55.5 ET), con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

El artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, recoge la no discriminación en las relaciones laborales, y su apartado primero, establece que cláusulas de los convenios colectivos, pactos individuales, decisiones unilaterales y órdenes del empresario habrán de entenderse como nulas, y por lo tanto sin efecto.

Naturalmente, la trabajadora deberá ejercitar una **acción de impugnación de DESPIDO DISCIPLINARIO** (apartado e) del artículo 54 ET), previa demanda de conciliación ante el SMAC.

El cuadro que se presenta a continuación, resume la situación del despido:



- Si Dña. Carmen es despedida mediante **DESPIDO DISCIPLINARIO**, el plazo de impugnación del mismo será de 20 días. El artículo 104 de la LJS establece, además de los requisitos generales previstos por la ley, los requisitos de la demanda por despido disciplinario.

- El juez calificará, en el fallo de la sentencia, el despido como procedente, improcedente o nulo, tal y como se recoge en el apartado 1, del artículo 108 de la LJS. En caso de que finalmente el **DESPIDO** sea declarado como **NULO**, el apartado 2 del mismo artículo, dispone que “*será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”.

Por otro lado, la carga de la prueba la tiene en este caso la empresa CONTRATOPHONE, S.A., tal y como se reconoce en el apartado 1 del artículo 96, de la LJS, que establece que en “**aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.**»

3. ¿Tiene derecho la trabajadora a exigir alguna indemnización? ¿Por qué motivos?

- Supongamos que el despido se ha declarado como **DISCIPLINARIO**, tendrá derecho a una indemnización, tal y como se reconoce en el art. 56 del ET.

- Supongamos que finalmente este despido es calificado por los tribunales, como un **DESPIDO NULO**, por lo tanto, la consecuencia directa de esta declaración de nulidad, es la condena a la empresa a la readmisión inmediata del trabajador, en las mismas condiciones de trabajo en las que se encontraba, es decir, en su mismo puesto o funciones.

El artículo 55.6 del ET, establece que una vez declarado un despido como nulo, los efectos del mismo serán, la **readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir**. Por lo tanto los efectos que se producen tras la

consideración de un despido nulo, son diferentes a los efectos que produce por ejemplo, un despido improcedente, ya que en el primer caso, al haberse declarado la nulidad del despido, la empresa deberá de restablecer todos los perjuicios que ha podido ocasionarle a la trabajadora, de manera que consiga finalmente, su readmisión a la empresa, en las mismas condiciones, en las que estaba antes de llevarse a cabo el despido. Es por ello, que **el despido nulo no da lugar al derecho de opción de la empresa**, a través del cual el empresario puede escoger entre el pago de la indemnización por despido, al trabajador, o bien, puede llevar a cabo la readmisión del empleado, tal y como reconoce el artículo 56 del ET, por lo tanto **la indemnización por despido en el despido nulo no procede, sino que la empresa está obligada a la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo en un plazo de 3 días**. El empresario estará obligado a de alta en la Seguridad Social al empleado por los días desde la fecha del despido, que tendrán la consideración de días trabajados y cotizados.

El artículo 113 de la LJS establece que una vez declarado nulo el despido, la empresa será condenada a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador, en los términos del artículo 297, que reconoce que en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo, mientras dure la tramitación del recurso, el empresario estará obligado a satisfacer la misma retribución que venía percibiendo el trabajador, con anterioridad a producirse aquellos hechos, y el mismo, continuará prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.

Otra de las consecuencias de que este despido sea considerado nulo, será que la empresa deberá de abonar a la trabajadora, **los salarios de tramitación** transcurridos desde la fecha del despido. Pues bien, ¿qué son los salarios de tramitación? El artículo 56.2 ET ofrece una definición de los mismos, estableciendo que *“equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”*. La naturaleza de estos salarios es indemnizatoria, no generando derecho a vacaciones.

Una vez hayan sido probados los hechos en la Sentencia, y se reconozca que efectivamente se han vulnerado los derechos fundamentales de la trabajadora, el artículo 183 de la Ley de la Jurisdicción Social, le reconoce a la misma, el derecho a ser indemnizada, tal y como se reconoce a tenor literal: *“cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”*.

Por lo tanto, en caso de que el tribunal entendiese que el despido llevado a cabo por la empresa, **resultase nulo por discriminación, por razones de discapacidad, la trabajadora podría reclamar una indemnización por daños morales**, por

vulneración de los derechos fundamentales de la Constitución Española (artículo 14 CE, Derecho a la no discriminación; artículo 15. Derecho a la integridad moral).

A más abundamiento, la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006²⁹, establece que tras haber sido probada la vulneración de un derecho fundamental, ya no era necesario acreditar que tal vulneración le supuso un daño a la trabajadora, es decir, no era necesario probar el perjuicio, siempre y cuando se alegasen adecuadamente las indemnizaciones reclamadas³⁰.

Por otro lado, el Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social³¹ (LISOS), establece, en el artículo 8, un catálogo de conductas por parte de la empresa, que tendrán la consideración de “*muy graves*”. Interesa especialmente a esta parte, el apartado 12 del citado artículo, pues reconoce lo siguiente: “**12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad [...] así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación**”. El mismo texto de la Ley, reconoce la sanción correspondiente para estas conductas empresariales catalogadas como muy graves por razón de discriminación, en el artículo 40.

4. ¿Podría exigir que se le reincorpore a su puesto de trabajo?

- Tal y como he explicado en el apartado anterior, **EN CASO DE HABERSE RECONOCIDO LA NULIDAD DEL DESPIDO**, el artículo 55.6 del ET y el artículo 113 de la LJS, reconocen los efectos de la declaración de nulidad, a tenor de los cuales, se condenará a la empresa a la **readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir**.

- La trabajadora no podrá exigir el derecho a reincorporación si no se declara nulo el despido, salvo que se trate de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical (art. 56.4 ET).

- En caso de la empresa no llevarse a cabo la readmisión inmediata, Dña. Carmen, podría emprender acciones judiciales contra la empresa, ante el Juzgado de lo Social, dentro de los 20 días siguientes, presentando un **Escrito Solicitando un Incidente de No Readmisión** (artículo 279 y 280 de la LJS), en aras de defender sus derechos como trabajadora afectada por este despido nulo por razones de discriminación.

Con todo, será la empresa la que tenga la carga de la prueba, debiendo demostrar que ha procedido conforme a la ley, y justificar los motivos de la no readmisión.

²⁹ STS 247/2006, de 24 de julio de 2006. (Recurso de Amparo 6074-2003).

³⁰ *Vulneración de derechos fundamentales e indemnización por daño moral*. (2018). Belzuz.com. Recuperado el 16 de enero de 2018, de <http://www.belzuz.com/es/publicaciones/en-espanol/item/548-vulneracion-de-derechos-fundamentales-e-indemnizacion-por-dano-moral.html>

³¹ Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social («BOE» núm. 189, de 08/08/2000).



Las consecuencias al **Incidente de No Readmisión**, tras haberse celebrado la correspondiente comparecencia para comprobar si se ha producido o no la readmisión del trabajador, se dicta un Auto en el que, si el Tribunal entiende que la readmisión no ha tenido lugar se acordará, la ejecución de la readmisión, tratarse de un despido nulo.

CONCLUSIONES

- Nos encontramos ante un **DESPIDO DISCIPLINARIO**, regulado en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores. Su causa es *la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*.

- *A priori*, los hechos de la Carta podrían ser insuficientes para entender que se ha producido un incumplimiento lo suficientemente grave y culpable como para motivar la extinción de la relación laboral: están referidos a una sola campaña de ventas (y además, desconocemos la antigüedad de la trabajadora).

- Tampoco sabemos si los ratios de ventas que la empresa entiende como exigibles, son o deben ser conocidos por la trabajadora. De no ser así, la empresa tendrá serios problemas para lograr **UNA DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA**.

- **La acción a ejercitar, es la acción de impugnación del despido.**

- Corresponde a la empresa la carga de probar la concurrencia de los hechos contenidos en la Carta, y al Juez la calificación del despido.

- A pesar del cambio operado a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fecha de 1 de diciembre de 2016, (C-395/15, *Caso “Daouidi”*) por la que se equipara una situación de IT a la situación de discapacidad, de acuerdo con las consideraciones anteriormente realizadas, **no parece que el despido de Dña. Carmen pueda llegar a ser declarado NULO**. Ni por el tiempo de duración del período de IT a la fecha del despido (22 días), ni por el tiempo de previsibilidad de curación de un latigazo cervical.

- Por lo tanto, la trabajadora deberá intentar que el Juzgado **DECLARE IMPROCEDENTE EL DESPIDO**, con las consecuencias que legalmente corresponden a dicha declaración.

B. DON AGUSTÍN:

ANÁLISIS

La compañía CONTRATOPHONE, S.A., extingue el contrato de D. Agustín el mismo día que el de su compañera Dña. Carmen, el 22 de mayo, y de igual forma, mediante carta al trabajador.

La empresa fundamenta la extinción en su absentismo laboral, denunciando su inasistencia al trabajo 21 días de las 80 jornadas que le habrían correspondido en los meses de Octubre y Noviembre de 2016, y en los meses de Marzo y Abril de 2017.

El absentismo o período de ausencia del trabajador, puede deberse tanto a causas justificadas (y por lo tanto se trataría de una ausencia legítima), como injustificadas.

Hasta el año 2012, el problema que planteaba esta causa de extinción contractual consistía en que la empresa, para poder hacer uso de la misma, tenía que acreditar un determinado índice de absentismo global de todos los trabajadores de la plantilla, y demostrar además que el absentismo del trabajador individual se encontraba por encima de dicho umbral³².

En el Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center³³ nada se dice sobre el despido objetivo por esta causa, por lo que debemos remitirnos únicamente al Estatuto de los Trabajadores.

La reforma de 2010 modificó, en su Disposición adicional vigésima “*Faltas de asistencia al trabajo*”³⁴, el umbral de absentismo colectivo producido en la empresa, a partir del cual se tendrá en cuenta el individual a efectos de despido. En la nueva regulación de 2012, (RDL y Ley), se ha incidido en los aspectos no tratados en la anterior reforma, suprimiendo la referencia al absentismo de la plantilla de la empresa como sistema de permisividad del absentismo individual.

A través de la regulación vigente, el empresario podrá extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador tenga un número de faltas de asistencia al trabajo que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses; **aun JUSTIFICADAS pero INTERMITENTES.**

³² ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Absentismo Laboral*, Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi, 2013, pp. 13-14.

³³ Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* (antes *telemarketing*). «BOE» núm. 165, de 12 de julio de 2017.

³⁴ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. («BOE» núm. 227, de 18 de septiembre de 2010).

CUESTIONES

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

En el caso particular de este despido por absentismo, hay que dejar claro de antemano, que se trataría de *faltas de asistencia justificadas*, pues D. Agustín presentó siempre justificante médico de sus ausencias, tal y como se observa en el desglose de ausencias presentado en el Caso.

Las faltas de asistencia al trabajo son una causa ordinaria de despido en el Derecho Laboral Español.

En el presente caso nos encontramos ante un DESPIDO OBJETIVO previsto en el art. 52 d) del ET. Como se ha dicho, tras la reforma legal del año 2012³⁵, los empresarios tienen la facultad de extinguir la relación laboral si se cumplen determinados índices de absentismo en la persona del trabajador, sin necesidad de tomar en consideración el índice de absentismo general de la plantilla.

El ordenamiento laboral prevé la inasistencia al trabajo en los supuestos de vacaciones anuales (artículo 38 ET); descansos semanales, fiestas y permisos (artículo 37 ET), y durante situaciones de suspensión del contrato (artículos 45 a 48 del ET).

Cabe, además, señalar que las inasistencias injustificadas pueden provocar, *per se*, la sanción disciplinaria del trabajador, y si son continuadas su despido.

El art. 52.d) del ET, autoriza al empresario a extinguir el contrato del trabajador, pese a que su conducta carezca de culpabilidad, indemnizándole.

La regulación anterior al año 2012, establecía que el contrato de trabajo podía extinguirse: *"por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo"*.

La reforma laboral operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, y por la Ley 3/2012, de 6 de julio³⁶, supuso la eliminación del requisito de "siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del dentro de trabajo supere el 2'5% en los mismos periodos de tiempo", tal y como podemos observar en el cuadro que se presenta a continuación:

³⁵ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. («BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 2012, páginas 12483 a 12546).

³⁶ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. («BOE» núm. 162, de 07/07/2012).

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
 Art. 52.d) Extinción del contrato por causas objetivas.
[Disposición derogada]

Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral.
 Art. 52.d) Extinción del contrato por causas objetivas.
[Disposición en vigor]

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo. [...]

*d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.
 [...]*

El nuevo apartado d) del artículo 52 del ET establece que podrá extinguirse el contrato de trabajo por causa de absentismo, cuando el trabajador alcance alguno de los siguientes porcentajes aún, cuando las faltas sean justificadas pero intermitentes:

"El 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, siempre que el total de las faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles."

"El 25% de tales jornadas en 4 meses discontinuos, dentro de un periodo de 12 meses."

El precepto exige que las **faltas de asistencia** alcancen **alternativamente** los umbrales establecidos en el cuadro anterior, y que tengan el **carácter de intermitente**, es decir *discontinuo*.

- En la **primera opción, el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos**, no puede emplearse este artículo, cuando existe un único período de ausencia comprendido en una única baja, sino que debe haber vuelta al trabajo, como así lo apoya una Sentencia dictada por la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, del año 2005³⁷, donde se establece que *“para el cómputo de las faltas individuales del trabajador despedido objetivamente hay que tener en cuenta las siguientes cuestiones: 1. Las faltas de asistencia han de ser necesariamente intermitentes, siendo irrelevante a estos efectos su carácter justificado. Esta intermitencia imprescindible no concurre cuando se trata de días consecutivos comprendidos en una única baja”*.

- En la **segunda opción, sin embargo, el 25% en cuatro meses discontinuos**, no existe referencia al carácter de intermitencia o no, por lo que debemos entender que en

³⁷ STC de 26 de julio de 2005 [EDJ 157692].

este caso cualquiera de las dos situaciones se ajusta al precepto. En este sentido, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2015³⁸, donde se resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina relativo a la interpretación que se le debe dar al carácter de “intermitencia” del artículo 52.d) ET.

Se deben considerar los períodos integrados por esos 2 ó 4 meses para aplicar el porcentaje, “*independientemente de lo que suceda en cada mes aislado, pues lo que cuenta son los períodos mencionados en su conjunto*” tal y como se reconoce en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 2005, EDJ 180489³⁹.

A falta de indicación expresa del ET, estos períodos de 2 meses consecutivos o 4 discontinuos, se computan por meses de fecha a fecha (desde la baja inicial) de acuerdo con el artículo 5 del Código Civil, y no por meses naturales completos. “*Se llega a esta conclusión considerando que no se logra el objetivo de esta causa de despido objetivo (la lucha contra el absentismo) si se acepta el criterio de los meses naturales en cuyo marco podrían no computarse determinadas faltas de asistencia que se producen en los días finales de un mes y primeros del siguiente*”⁴⁰.

Con respecto a las **bajas por enfermedad común o accidente no laboral**, cuando sean acordadas por los servicios médicos oficiales y tengan una duración de más de 20 días consecutivos, a efectos de ser computables, habrá de tratarse de más de una baja por un período inferior a 20 días⁴¹.

No obstante, es importante destacar que el legislador prohibió, a partir del 8 de julio de 2012, computar específicamente las *ausencias por motivos de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*, tal y como se reconoce en el artículo 52 del ET, por lo que para estos casos, no se establecen límites temporales de duración de la baja para su exclusión.

Siguiendo el desglose presentado por D. Agustín, de todos y cada uno de los justificantes médicos de sus ausencias, podemos observar que finalmente le fue diagnosticado un cáncer: por ello, las 2 últimas faltas al trabajo no computarían a efectos de absentismo, a tenor de lo dispuesto anteriormente.

A continuación se presenta un cuadro de las ausencias de D. Agustín, donde se pueden observar en **amarillo** las **ausencias justificadas pero computables, a efectos del artículo 52 ET**, y en **azul** las **ausencias cuyo cómputo está expresamente prohibido por el legislador, por razones de cáncer o enfermedad grave**:

³⁸ STS de 7 de mayo 2015 (rec. 1000/2014).

³⁹ STS de 5 de octubre de 2005, (rec. 3648/2004), [EDJ 2005/180489].

⁴⁰ STS de 9 de diciembre de 2010, [EDJ 290698].

⁴¹ STS de 26 de julio de 2005, [Roj: 5157/2005].

- Ausencias durante los meses de **octubre y noviembre de 2016:**

OCTUBRE						
LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30
31						
NOVIEMBRE						
LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

- Ausencias durante los meses de **marzo y abril de 2017:**

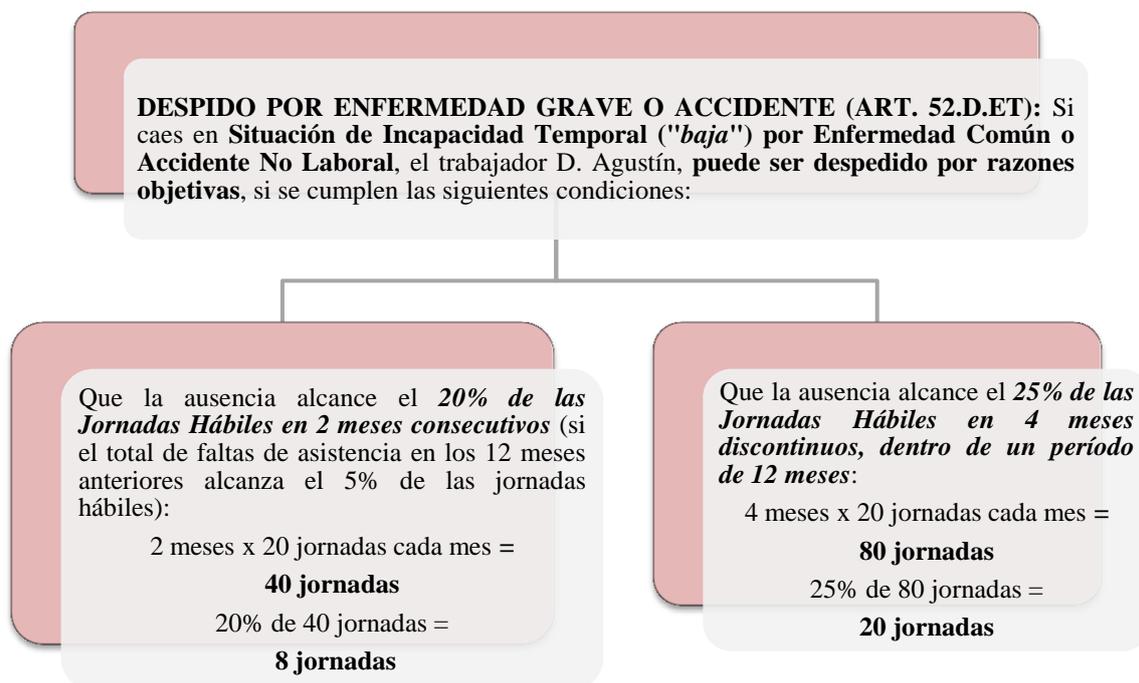
MARZO						
LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	31		
ABRIL						
LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO	DOMINGO
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30

En este caso, Don Agustín ha faltado al trabajo en 21 días sobre las 80 jornadas que le correspondería haber trabajado en los meses de Octubre y Noviembre de 2016 y Marzo y Abril de 2017, como así se hizo constar en la carta de despido.

No obstante, en la última semana de abril, los 2 días de estancia en el hospital por un tratamiento del cáncer que le ha sido diagnosticado, no computarían a los efectos del índice del absentismo previsto en el art. 52.d) del ET, por las razones explicadas anteriormente.

Por lo tanto, **a efectos prácticos D. Agustín habrá faltado 19 días al trabajo.**

El cálculo de las ausencias se hará en base al Real Decreto- Ley 3/2012, puesto que el Convenio Colectivo no contiene ninguna mejora al respecto.



Haciendo un análisis de la primera de las condiciones exigidas, D. Agustín ya superaría el límite máximo que establece la Ley, ya que si tenemos en cuenta las ausencias laborales, durante los meses de octubre y noviembre de 2016, el trabajador ha faltado a 11 jornadas hábiles, en 2 meses consecutivos, por lo que supera el 20% de 40 jornadas permitido, o lo que es igual, supera las 8 jornadas permitidas. Por lo tanto a tenor de este requisito, **D. AGUSTÍN HABRÍA SIDO DESPEDIDO POR RAZONES OBJETIVAS.**

- **Respecto a la primera de las causas que justificaría la extinción por causas objetivas** (que las ausencias alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas hábiles), debemos entender que **no concurre, ya que la Carta no ofrece ningún dato respecto del índice de absentismo en los 12 meses anteriores a las primeras bajas**, y por lo tanto, aunque las ausencias de don Agustín sean superiores al 20% permitido, no tenemos conocimiento acerca de las faltas de asistencia en los 12 meses anteriores, por lo que no sabemos si alcanzan o no, el 5% de las jornadas hábiles permitidas.

- **Por lo que respecta al segundo supuesto** (25 por 100 de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos, dentro de un período de 12 meses), **tampoco se cumplirían las previsiones del art. 52.d), ya que sólo se acreditarían 19 faltas de asistencia sobre 80 jornadas**, lo que no alcanza el índice del 25% que se precisa. Siempre y cuando consideremos que la baja derivada del cáncer tienen por causa un tratamiento médico.

2. ¿Tiene motivos para emprender algún tipo de acción legal?

- **CUESTIONES DE FONDO:** Indudablemente, por lo que se ha visto, el trabajador debe **IMPUGNAR EL DESPIDO OBJETIVO con las mismas**

formalidades que las propias del DESPIDO DISCIPLINARIO, puesto que no parecen cumplirse los requisitos legalmente establecidos.

Cabe preguntarse, además, si las ausencias justificadas del trabajador, están en relación/derivan del cáncer que más tarde se le ha diagnosticado, es decir, si estos períodos en los que ha estado situación de incapacidad temporal o “baja”, no obedecen a razones de enfermedad común o accidente no laboral, tal y como contempla la norma, sino a síntomas previos al diagnóstico de cáncer.

Nada se dice acerca del tipo de cáncer que tiene D. Agustín, por lo que la exteriorización de estos síntomas previos al diagnóstico, a través de las bajas médicas anteriores, puede ser precisamente, sintomatología directa que deriva del diagnóstico posterior de un proceso canceroso.

- **CUESTIONES DE FORMA:** CONTRATOPHONE, S.A., tiene el deber de llevar cabo el despido a través de la entrega de una carta de despido (la explicaremos con mayor detenimiento, posteriormente), en la que se deberá comunicar la fecha y los efectos del despido, así como una descripción de los hechos que motivan la extinción de la relación laboral (apartado a) del artículo 53.1 ET). Entendemos que esta obligación de despido mediante carta, se ha llevado a cabo, a la vista de la información facilitada en el caso de D. Agustín.

La indemnización por despido objetivo, es de 20 días por año trabajado, tal y como se observa en el siguiente cuadro-resumen:

DESPIDO OBJETIVO

- *Artículos 49.2, 52 y 53 Real Decreto Legislativo 2/2015 Ley del Estatuto de los Trabajadores.*
- **Indemnización de 20 días por año trabajado.**
- La empresa está obligada a pagar simultáneamente con la Carta, una indemnización de 20 días por año trabajado.
- La indemnización no podrá ser superior a 12 mensualidades, por lo tanto, el montante no podrá superar el salario mensual multiplicado por 12.

El artículo 53 del ET, establece que la adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas, requiere de las siguientes formalidades:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Por un lado, la empresa debe tener una justificación fehaciente de que el empleado ha recibido la comunicación. A tenor de los datos que se nos facilitan de D. Agustín, la empresa CONTRATOPHONE, S.A., llevó a cabo la rescisión del contrato a través de

una **carta de despido**, de fecha 22 de mayo. El Estatuto de los Trabajadores habla de comunicaciones escritas en los artículos 53.1.a), 55.1 y 58.2, pero con ello se refiere a la carta de despido. La carta de despido, es un instrumento mediante el cual, el empresario notifica al trabajador su decisión de extinguir la relación laboral, ya sea por causas objetivas, o por causas disciplinarias. Esta carta de despido, tiene unos efectos procesales muy importantes, tal y como reconocen los artículos 105.2 (*“para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido”*) y 114.3 (*“corresponderá al empresario probar la realidad de los hechos imputados al trabajador, y su entidad, sin que puedan ser admitidos otros motivos de oposición a la demanda que los alegados en su momento para justificar la sanción. Las alegaciones, pruebas y conclusiones deberán ser realizadas por las partes en el orden establecido para los despidos disciplinarios”*) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴², al limitar los alegatos del demandado para justificar su decisión a las causas que se expusieran al trabajador en la comunicación escrita. Es precisamente el contenido concreto de esta carta, la que limita el objeto del futuro litigio en el cauce procesal.

La Sala Social del Tribunal Supremo, asentó jurisprudencia mediante sentencia de fecha 19 de septiembre de 2011⁴³, estableciendo que la carta de despido debe estar mínimamente determinada, puesto que ello podría causar indefensión para el trabajador: *“La exigencia de la expresión de la causa, requisito formal común en ambos supuestos de extinción del contrato de trabajo, ha sido valorada en el mismo sentido para los despidos disciplinarios que para el objetivo. Así la STS de 9 de diciembre de 1998 (rcud. 590/97) declaraba que el artículo 55 ET, al establecer que “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”, debía ser interpretado en el sentido de que, aunque no impone una pormenorizada descripción de aquéllos, “sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala -Sentencias de 17 diciembre 1985, 11 marzo 1986, 20 octubre 1987 y 19 enero y 8 febrero 1988-, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador. Esta doctrina se reitera por las SSTs/Social 22 octubre 1990 y 13 diciembre 1990, entre otras”. Y, en cuanto al despido objetivo, hemos sostenido que la causa a expresar en la comunicación escrita no puede ser abstracta (STS de 30 de marzo de 2010 -rcud. 1068/09-)”*.

(Cabe decir, **en cuanto a las formalidades del DESPIDO OBJETIVO**, que la empresa no siempre está obligada a indemnizar en el momento del despido. Esto sucede cuando existan causas económicas que justifiquen tal despido, y que provoquen la falta de liquidez, imposibilitándola, por lo tanto del pago de la indemnización, tal y como se reconoce en una sentencia del Tribunal Supremo, sobre la falta de liquidez aludida por

⁴² Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. («BOE» núm. 245, de 11/10/2011).

⁴³ STS de 19 de septiembre de 2011. (ILJ 1248/2011)

el empresario para no poner la indemnización a disposición del trabajador, de fecha de 25 de enero de 2005⁴⁴, a pesar de que el artículo 53.1 del ET prohíbe el pago a plazos de la indemnización por despido de los empleados. En este caso, la empresa habría de constatar tal situación en la carta de despido, y demostrarla en su caso, en juicio, en el caso de que el trabajador impugnase tal despido. Es lógico que la carga de la prueba recaiga sobre la empresa, pues sería muy difícil probar tal extremo, por parte del trabajador).

Del mismo modo, la empresa, debió de haber preavisado con 15 días de antelación a la fecha de efectos del despido, tal y como se reconoce en el artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, donde se establece que el incumplimiento del preaviso no genera improcedencia, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo. El preaviso de la extinción laboral no es más que la comunicación de una de las partes, a la otra, su intención de extinguir del contrato que las une con la suficiente alteración para que la otra pueda tomar las medidas que considere necesarias para intentar paliar el perjuicio que la extinción del vínculo jurídico pueda acarrearle⁴⁵.

Estos requisitos deben de cumplirse so pena de la consideración del despido, como improcedente⁴⁶, y por lo tanto, con la consecuencia directa de abonar la indemnización correspondiente al despido improcedente, o la reincorporación al trabajador en su puesto de trabajo, siendo obligatorio, el abono de todos los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta la reincorporación, por lo que el trabajador tendrá la obligación, de devolver la indemnización recibida con anterioridad.

El incumplimiento del preaviso de 15 días, conlleva por lo tanto a una penalización para el empresario, pero no afecta en ningún caso a la calificación del despido, y a la consideración de improcedencia, como así se establece en el artículo 53.1.b del ET y en el artículo 122.3 de la LJS (*“la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan”*).

La falta de puesta a disposición del trabajador, en el momento de comunicación del despido, de la indemnización de 20 días por año trabajado, es igualmente causa de impugnación del mismo, por sí sola, y provoca la improcedencia del despido: con la consecuencia directa de tener que abonar la indemnización correspondiente al despido improcedente o la reincorporación al trabajador en su puesto de trabajo, en este segundo caso con el abono de todos los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta la reincorporación.

- En este caso, podría considerarse de aplicación de la doctrina expuesta en el Caso anterior, **impugnando el DESPIDO POR DISCRIMINATORIO y solicitando**

⁴⁴ STS de 25 de Enero de 2005. Recurso 6290/2003.

⁴⁵ *Preaviso de la extinción laboral*. (2018). Iberley.es. Recuperado el 19 de enero de 2018, de <https://www.iberley.es/temas/preaviso-extincion-laboral-751>

⁴⁶ STS de 12 de Mayo de 2015, (rec. 1731/2014).

la **declaración de NULIDAD**, con base en el hecho de que precisamente las últimas inasistencias que la empleadora ha computado traen causa de un diagnóstico/tratamiento por cáncer, lo que obliga a pensar en una enfermedad previsiblemente duradera y de muy mal pronóstico. El artículo 108.2 de la LJS reconoce que *“será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

La consecuencia directa será la obligatoriedad de la empresa, de readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, aunque no siempre lleve aparejado ningún tipo de indemnización.

3. ¿Tiene derecho a exigir alguna indemnización? ¿Por qué motivos?

• **CUESTIONES DE FONDO:** Por un lado, en cuanto a las cuestiones de fondo, en caso de que quedase acreditado que las faltas justificadas del trabajador durante los meses de octubre y noviembre de 2016, y marzo y abril de 2017, **se deben a sintomatología previa al diagnóstico del proceso canceroso diagnosticado con posterioridad**, D. Agustín podrá recurrir la extinción de la relación laboral, y **reclamar como DESPIDO NULO POR DISCRIMINATORIO**, por sufrir cáncer, solicitando la condena a la empresa y la inmediata readmisión del perjudicado, junto con el abono de los salarios dejados de percibir. En este sentido, el artículo 108.2 de la LJS reconoce que *“será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

La consecuencia directa será la obligatoriedad de la empresa, de readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, aunque no siempre lleve aparejado ningún tipo de indemnización.

Pues bien, la demanda por despido nulo deberá de estar motivada y explicar las razones por las el trabajador ha sufrido algún tipo de discriminación prohibido en la ley siempre y cuando logre demostrar que las ausencias laborales, pese a estar justificadas, tienen su origen en el cáncer que estaba gestando. En este caso, el tribunal habrá de entrar a resolver sobre la violación de los derechos fundamentales.

No obstante, y a pesar de que D. Agustín no llegase a demostrar que el **absentismo laboral (siempre justificado) provenga de una sintomatología previa al diagnóstico del cáncer**, a los efectos del fondo del asunto, el trabajador tendrá derecho a una **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO POR OBJETIVO**, tal y como establece el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 53, cuyo importe total, dependerá de varios factores, como el salario del trabajador (salario bruto anual), su antigüedad en la empresa (puesto que es necesario conocer sus meses de antigüedad para calcular la indemnización), y el tipo de despido que se le ha realizado (puesto que solo tendrán derecho a indemnización los despidos objetivos, y los despidos improcedentes).

• **CUESTIONES DE FORMA:** Cabe decir, en cuanto a las **formalidades del DESPIDO OBJETIVO** que la empresa no siempre está obligada a indemnizar en el momento del despido. Esto sucede cuando existan causas económicas que justifiquen tal despido, y que provoquen la falta de liquidez, imposibilitándola, por lo tanto del pago

de la indemnización, tal y como se reconoce en una sentencia del Tribunal Supremo, sobre la falta de liquidez aducida por el empresario para no poner la indemnización a disposición del trabajador, de fecha de 25 de enero de 2005⁴⁷, a pesar de que el artículo 53.1 del ET prohíbe el pago a plazos de la indemnización por despido de los empleados. En este caso, la empresa habría de constatar tal situación en la carta de despido, y demostrarla en su caso, en juicio, en el caso de que el trabajador impugnase tal despido. Es lógico que la carga de la prueba recaiga sobre la empresa, pues sería muy difícil probar tal extremo, por parte del trabajador.

No obstante, este no es el caso, ya que el despido por causas objetivas de D. Agustín, habría de ser en todo caso, en base al apartado d) del artículo 52 del ET, y no por causas económicas. Es por ello, que en este caso, la empresa tenía la obligación de haber indemnizado a D. Agustín, simultáneamente a la entrega de la carta del despido.

Por un lado, la empresa debe tener una justificación fehaciente de que el empleado ha recibido la comunicación. A tenor de los datos que se nos facilitan de D. Agustín, la empresa CONTRATOPHONE, S.A., llevó a cabo la rescisión del contrato a través de una **carta de despido**, de fecha 22 de mayo. El Estatuto de los Trabajadores habla de comunicaciones escritas en los artículos 53.1.a), 55.1 y 58.2, pero con ello se refiere a la carta de despido. La carta de despido, es un instrumento mediante el cual, el empresario notifica al trabajador su decisión de extinguir la relación laboral, ya sea por causas objetivas, o por causas disciplinarias. Esta carta de despido, tiene unos efectos procesales muy importantes, tal y como reconocen los artículos 105.2 (*“para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido”*) y 114.3 (*“corresponderá al empresario probar la realidad de los hechos imputados al trabajador, y su entidad, sin que puedan ser admitidos otros motivos de oposición a la demanda que los alegados en su momento para justificar la sanción. Las alegaciones, pruebas y conclusiones deberán ser realizadas por las partes en el orden establecido para los despidos disciplinarios”*) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴⁸, al limitar los alegatos del demandado para justificar su decisión a las causas que se expusieran al trabajador en la comunicación escrita. Es precisamente el contenido concreto de esta carta, la que limita el objeto del futuro litigio en el cauce procesal.

Por lo tanto para que el despido objetivo sea válido, el artículo 53.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), establecen las formalidades que han de respetarse por la empresa a la hora de proceder a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (requisitos que comentamos anteriormente).

La carta de despido tendrá un contenido diferente en función de si se trata de un despido disciplinario o de un despido por causas objetivas, puesto que el primer caso, el despido tiene su origen en un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones contractuales, por parte del trabajador.

⁴⁷ STS de 25 de Enero de 2005. Recurso 6290/2003.

⁴⁸ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. («BOE» núm. 245, de 11/10/2011).

La Sala Social del Tribunal Supremo, asentó jurisprudencia mediante sentencia de fecha 19 de septiembre de 2011⁴⁹, estableciendo que la carta de despido debe estar mínimamente determinada, puesto que ello podría causar indefensión para el trabajador: *“La exigencia de la expresión de la causa, requisito formal común en ambos supuestos de extinción del contrato de trabajo, ha sido valorada en el mismo sentido para los despidos disciplinarios que para el objetivo. Así la STS de 9 de diciembre de 1998 (rcud. 590/97) declaraba que el artículo 55 ET, al establecer que “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”, debía ser interpretado en el sentido de que, aunque no impone una pormenorizada descripción de aquéllos, “sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala -Sentencias de 17 diciembre 1985, 11 marzo 1986, 20 octubre 1987 y 19 enero y 8 febrero 1988-, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador. Esta doctrina se reitera por las SSTs/Social 22 octubre 1990 y 13 diciembre 1990, entre otras”. Y, en cuanto al despido objetivo, hemos sostenido que la causa a expresar en la comunicación escrita no puede ser abstracta (STS de 30 de marzo de 2010 -rcud. 1068/09-)”.*

Suponiendo que la carta que recibió D. Agustín de fecha 22 de mayo, fuese en calidad de despido objetivo, comenzaría a contar el plazo para impugnar jurídicamente el despido. **D. Agustín estaría facultado para emprender acciones legales en los órganos jurisdiccionales del orden social, contra la empresa CONTRATOPHONE, S.A. si así lo quisiese, puesto que es titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo**, tal y como se reconoce en el artículo 17 (“*legitimación*”) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LJS).

La impugnación del despido puede convertir el despido objetivo, en improcedente, obteniendo así una indemnización, o la readmisión en su puesto de trabajo. Para ello, debemos saber si el trabajador D. Agustín ha firmado la carta de despido y la liquidación del contrato expresando su “no conformidad”.

De conformidad con el artículo 103.1 del mismo texto legal (“*presentación de la demanda por despido*”), D. Agustín podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido (es decir, a partir de contar a partir del día 23 de mayo). El artículo establece que dicho plazo será de caducidad a todos los efectos, y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.

En resumen: en el caso de que la impugnación por cuestiones de forma, fuese fructífera para el trabajador, a efectos jurídicos, tendría derecho a una indemnización por la calificación de su despido, como **IMPROCEDENTE**.

⁴⁹ STS de 19 de septiembre de 2011. (ILJ 1248/2011)

A continuación se presenta un cuadro-resumen, de la indemnización por despido improcedente:

DESPIDO IMPROCEDENTE	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Disposición Transitoria Undécima y art. 56.1 Real Decreto Legislativo 2/2015 Ley del Estatuto de los Trabajadores</i> • Indemnización de 33 días por año trabajado. (Contrato posterior al 12 de febrero de 2012). • La empresa podrá optar entre la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización de 33 días por año trabajado, hasta un máximo de 24 mensualidades. • La indemnización no podrá ser superior al resultado de multiplicar el salario mensual por 24.
----------------------	---

4. ¿Podría exigir que se le reincorpore a su puesto de trabajo?

- Sólo en el caso de que el **DESPIDO se declare NULO**, la empresa vendrá obligada a readmitirlo, de acuerdo con el **art. 55.6 ET**, en el que se recoge que *“el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”*.
- Si la sentencia declara el **DESPIDO OBJETIVO, COMO PROCEDENTE**, esto supondría la efectiva extinción del contrato llevada a cabo por el empresario, en los términos establecidos, sin perjuicio de que el trabajador pueda recurrir la sentencia, y esta sea finalmente favorable para él.
- Sin embargo, en caso de que **EL DESPIDO OBJETIVO**, se haya **CONSIDERADO FINALMENTE COMO DESPIDO IMPROCEDENTE**, y por lo tanto las formalidades necesarias para el despido, no se han cumplido, la empresa tendrá la opción de llevar a cabo la readmisión de un trabajador, o pagar la indemnización por despido (artículo 56 del ET), a través del llamado "Derecho de Opción".

La excepción a este derecho de opción se refiere al caso de que el trabajador despedido sea un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, porque en este caso la opción corresponderá siempre al trabajador.

Tal y como declara el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en el caso de que el despido de D. Agustín, se declarase como improcedente, la empresa tiene un plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, para optar a tal readmisión o al pago de la indemnización. En el caso de que se optase por la readmisión, el trabajador *“tendrá derecho a los salarios de tramitación, que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido, hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación”*.

Si la empresa CONTRATOPHONE, S.A. decidiese finalmente readmitir a D. Agustín, por haberse declarado el despido como improcedente, se habrá de comunicar tal decisión al trabajador, por escrito, en el plazo de 10 días, indicándole la fecha de reincorporación al trabajo. La empresa estará obligada a preavisar con un mínimo de 3 días entre la comunicación y la fecha en la que se tiene que reincorporar el trabajador. En este caso, serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de

notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado (artículo 278 “readmisión del trabajador”, de la Ley de la Jurisdicción Social).

El artículo 123 de la LJS establece que en los supuestos en que proceda la readmisión, y por lo tanto D. Agustín se reintegrase al trabajo, tendrá la obligación de reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme la sentencia.

En el caso de que no se optase ni por readmisión, ni por indemnización, se entiende que se lleva a cabo la readmisión del trabajador a la plantilla (artículo 56.3.ET).

Si el empresario no procediese a la readmisión de D. Agustín, este podrá solicitar la ejecución del fallo, ante el Juzgado de lo Social dentro de los veinte días siguientes, presentando un **Escrito Solicitando un Incidente de No Readmisión** (artículo 279 y 280 de la LJS), tal y como expliqué en el caso de Dña. Carmen.

CONCLUSIONES

- Don Agustín ha sido despedido por razones de absentismo laboral, cuyas faltas de asistencia han estado siempre justificadas, tal y como se comprobó al analizar el desglose de ausencias.
- Nada se dice en el Convenio Colectivo para las empresas de Contact Center (antes Telemárketing), acerca de las faltas justificadas, por lo que nos hemos remitido a lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- A tenor del citado desglose, se pudo comprobar que el trabajador no ha superado el máximo de ausencias establecidas en el art. 52 d), ya que la Carta no ofrece ningún dato respecto del índice de absentismo en los 12 meses anteriores a las primeras bajas, y por lo tanto **no se cumple ninguno de los requisitos del DESPIDO OBJETIVO**.
- Las últimas 2 inasistencias al trabajo guardan relación con un diagnóstico o tratamiento por cáncer, por lo que el trabajador podría impugnar el **DESPIDO** por **DISCRIMINATORIO**, si demostrase que el despido responde a razones de discriminación por razón de enfermedad, y por ello, conseguir que se declare como **DESPIDO NULO**.
- En segundo término, la acción de impugnación del despido **habrá de solicitar su calificación de IMPROCEDENCIA**: tanto por los defectos formales apuntados (falta de puesta a disposición de la indemnización legalmente establecida) como por el incumplimiento de los requisitos de fondo establecidos en el art. 52.d) del ET.
- **Con la petición de declaración de NULIDAD**, el trabajador puede solicitar el pago de una **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES**.

C. DON SERGIO:

ANÁLISIS

Por último, se nos presenta el despido de don Sergio, trabajador al que le fue comunicada la rescisión de su contrato laboral, por absentismo, por parte de la empresa CONTRATOPHONE, S.A., con fecha de 23 de mayo de 2017.

- Esta **rescisión del contrato por razones de absentismo laboral**, se centra en las ausencias del trabajador, a su puesto de trabajo, **cuyo porcentaje asciende al 54% de los días de trabajo, durante los meses de febrero y marzo** (entiéndase 2017), debido a recurrentes dolores de cabeza. Nada se dice acerca de la justificación médica de estas faltas, por lo que sobreentendemos que todas ellas están sin justificar, aunque dicha circunstancia resulta indiferente **en el ámbito del DESPIDO OBJETIVO**, como se ha visto en el caso anterior.

Pues bien, por una parte, habrá que analizar el porcentaje de absentismo laboral de don Sergio, con respecto al Convenio Colectivo de su sector, es decir, del sector de Contact Center, y en caso de que nada se dijese, habrá que estar a lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores.

Visto el texto del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center, las faltas y sanciones están recogidas en el Capítulo VI, y en especial, el artículo 64 (“*Principios generales*”) reconoce que tales normas de régimen disciplinario tienen por objetivo el mantenimiento de la disciplina laboral, la ordenación técnica y organización de la empresa, y la garantía y defensa de los derechos e intereses legítimos de trabajadores, trabajadoras y empresas. Es el artículo 67 el que recoge una serie de actitudes del trabajador, cuya consideración será la de falta muy grave, y en este sentido, el apartado 3 establece que, faltas muy graves serán “*tres o más faltas injustificadas al trabajo en el periodo de un mes, más de seis en el periodo de seis meses, o treinta en un año, aunque hayan sido sancionadas independientemente*”. El artículo siguiente, el 68, recoge la sanción que le correspondería al trabajador que incurriese en las actitudes que se recogen en el artículo 67, donde el abanico de sanciones para las faltas muy graves, varía entre la suspensión de empleo y sueldo de 11 días a 3 meses, la pérdida temporal o definitiva del nivel profesional laboral, o incluso el despido.

Es preciso diferenciar que el tipo de absentismo laboral de don Agustín (anteriormente estudiado), nada tiene que ver con las faltas laborales de don Sergio, ya que en el primer caso, hemos estudiado que todas y cada una de las faltas habían sido justificadas por lo que el despido tendría la calificación en todo caso, de **DESPIDO OBJETIVO** (artículo 52, del Estatuto de los Trabajadores), sin embargo, nada se dice acerca de las ausencias de don Sergio, con respecto a si ha avisado o no, a la empresa, ni tampoco de si tiene motivo y/u autorización para tales ausencias, por lo que la consideración del despido tendrá que ser, la de **DESPIDO DISCIPLINARIO**. En el caso de que sí tuviese motivos o justificante de su absentismo, cabe decir que será el

trabajador sobre el que recaiga la carga probatoria de la justificación de tales ausencias⁵⁰.

En este sentido, el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere al despido disciplinario y señala, en el apartado 1, que *"el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador."* Al hilo de lo establecido, el despido de don Sergio, podría catalogarse por lo tanto, como un **DESPIDO DISCIPLINARIO**, basándonos en el artículo 54, cuyo apartado 2 recoge como incumplimiento contractual *"las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo"*.

De conformidad a este artículo, los incumplimientos graves y culpables del trabajador justificación la decisión de CONTRATOPHONE, S.A., de rescindir la relación laboral con el trabajador. El despido disciplinario supone el mayor grado de ejercicio del poder disciplinario por parte del empresario. El Capítulo IV del Estatuto de los Trabajadores (*"Faltas y sanciones de los trabajadores"*), está formado por un único artículo, el 58, donde se prohíbe la imposición de *"sanciones que supongan la reducción de la duración de las vacaciones, u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador, o multa de haber"*, y se establece que la valoración de las faltas graves y muy graves, podrán ser revisables ante la jurisdicción social.

Las ausencias al trabajo, no solo constituyen un incumplimiento contractual, a tenor de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, sino que suponen una transgresión de la buena fe contractual, tal y como se menciona en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia, de fecha 30 de septiembre de 2010, en la que se hace mención a lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de agosto de 1990, donde se reconoce que *"uno de los deberes básicos del trabajador es la ejecución de sus obligaciones conforme a la buena fe y no cabe duda que la inasistencia al trabajo sin existencia, alegación y justificación de causa suficiente, quebranta la exigencia de aquélla y constituye el incumplimiento contractual, que si es grave y reiterado, atendiendo a los elementos objetivos y subjetivos y circunstancias concurrentes, debe constituir causa justa de despido"*⁵¹.

- Con respecto a su **reconocida Incapacidad Permanente Total (IP Total)**, cabe mencionar que la misma, fue reconocida con anterioridad a su contratación por la empresa CONTRATOPHONE, S.A. El artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social, contiene los diferentes grados de incapacidad que existen, cuya graduación, se llevará a cabo en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, cualquiera que sea su causa determinante. El apartado b), reconoce la incapacidad permanente total.

Por incapacidad permanente total para la profesión habitual, se entiende aquella que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra

⁵⁰ Despido disciplinario por faltas de asistencia o puntualidad repetidas e injustificadas. (2018). Supercontable.com. Recuperado el 17 de enero de 2018, de https://www.supercontable.com/informacion/laboral/Despido_disciplinario_por_faltas_de_asistencia_.html

⁵¹ STSJ de Galicia, de 30 de septiembre, de 2015 (rec.: 2522/2015).

distinta. Tanto la incapacidad permanente parcial, como la total, se corresponden con una incapacidad específica para la profesión habitual⁵². Por lo tanto, la declaración de este grado, no impide la realización de otras profesiones, siempre que sean compatibles con el grado de incapacidad del trabajador. Establece el artículo 196, en su apartado segundo, que la prestación económica para este grado de incapacidades, consistirá en una pensión vitalicia, que podrá ser sustituida excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años.

Se entiende por profesión habitual, la profesión para la que estaba cualificado para desarrollar don Sergio, en el momento del hecho causante de la Incapacidad. Pese a ello, el trabajador ha podido seguir trabajando, puesto que en el Caso, se reconoce que el trabajador padecía ya esta incapacidad permanente total, con anterioridad a su contrato por parte de CONTRATOPHONE, S.A., pero nada se dice acerca de si está realizando otras funciones aún dentro de su profesión, u otras diferentes a su anterior profesión. Con todo, el trabajador pudo haber compatibilizado la pensión, con esta últimas actividades o funciones dentro de la empresa CONTRATOPHONE, S.A., siempre y cuando las funciones que estaba realizando en esta empresa, no coincidiesen con las que dieron lugar a la Incapacidad que padece, tal y como se reconoce en el artículo 198 de la Ley General de la Seguridad Social, (*“Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente”*), donde se establece literalmente que *“en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”*⁵³.

- Por otro lado, el trabajador entró a **formar parte de una sección sindical** dentro de la empresa, el día 17 de mayo de 2017, apenas días antes de recibir la carta de despido. Pues bien, la sección sindical es una estructura formada por un conjunto de personas afiliadas a un sindicato, dentro de la empresa CONTRATOPHONE, S.A. El hecho de que don Sergio haya entrado a formar parte de una sección sindical, le confiere ciertos derechos (art. 8 de la LOLS), pero en especial, el que aquí interesa, es el derecho que tienen los delegados sindicales, a ser oídos previamente a la adopción de sanciones y despidos a sus afiliados (art. 10.3.3 de la LOLS), por lo que, para haber llevado a cabo el despido de este trabajador, se debió de haber respetado este derecho sindical.

CUESTIONES

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

- **CUESTIONES DE FONDO:**

Por un lado, en cuanto al fondo del despido, la rescisión del contrato de don Sergio, por razones de absentismo laboral, se encuadra dentro de los términos del **DESPIDO DISCIPLINARIO**, por los motivos contenidos en el art. 54.2.a), es decir, por *“faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”*. Este trabajador, no ha presentado justificante para ninguna de sus ausencias, por lo que, además de que su

⁵² TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 64-65.

⁵³ STS de 10 de Octubre de 2005, (Rec 3111/2004).

conducta sea considerada como falta muy grave dentro del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center, es también una causa de despido disciplinario, a tenor de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, tal y como hemos mencionado anteriormente.

Cabría preguntarse si parte del porcentaje de faltas laborales del trabajador, se deben a horas sindicales, sin embargo, hay que tener claro que don Sergio, **pertenece a una sección sindical, sin que se especifique si es Delegado Sindical o Miembro del Comité de Empresa**, por lo tanto aunque el art. 10.1 de la LOLS, y el 68 del Estatuto de los Trabajadores regulen el crédito horario sindical (conocido como “*horas sindicales*”), sólo estas dos figuras tendrían derecho al crédito sindical, por lo tanto las horas de ausencia de don Sergio, se computan como horas laborables. Por lo tanto, entiende esta parte, que el despido reviste las características de **DESPIDO DISCIPLINARIO**.

2. ¿Tiene motivos para emprender algún tipo de acción legal?

• CUESTIONES DE FONDO:

Toda vez que el trabajador haya recibido la carta de despido, tal sanción puede ser impugnada por el trabajador, para que se analice su conformidad y adecuación a derecho, así como la realidad de los hechos que se discuten en el fondo del asunto.

Don Sergio dispondrá de un plazo para impugnar es de 20 días hábiles, a computar desde la fecha de la notificación del despido, cuya tramitación se llevará a cabo por el procedimiento de impugnación de sanciones establecido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en sus artículos 114 y 115. Como no se trata de un representante de legal ni sindical, no es necesario comenzar el expediente contradictorio previsto para las faltas graves o muy graves.

En este caso, corresponde a la empresa, la carga de la prueba, por lo que será CONTRATOPHONE, S.A., quien deba demostrar el absentismo injustificado del 54%, del trabajador.

Impugnado el despido, la Sentencia decisoria, catalogará el despido disciplinario como **PROCEDENTE, IMPROCEDENTE O NULO**.

• CUESTIONES DE FORMA:

En caso de que el despido se calificase como **DESPIDO DISCIPLINARIO** por parte del empresario, poniendo fin al contrato debido a un incumplimiento grave y culpable del trabajador (artículo 54 ET), este podrá ser posteriormente considerado por los tribunales, como procedente, improcedente, o nulo.

Tal consideración tiene especial importancia, desde el punto de vista de la **indemnización**, ya que si es considerado **procedente** (artículo 109 LJS), se extinguirá el contrato sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, mientras que si se considera **improcedente**, el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o la indemnización. En caso de optar por la indemnización, al trabajador le corresponderá una indemnización de 33 días de salario por año trabajado hasta un máximo de 24 mensualidades.

Ahora bien, si la empresa CONTRATOPHONE, S.A., hubiese rescindido la relación laboral con D. Sergio, por la vía del **DESPIDO DISCIPLINARIO de un**

trabajador no sindicalista, los requisitos para llevarlo a cabo correctamente, se centran fundamentalmente, en la notificación por escrito al trabajador, mediante la correspondiente Carta de Despido, haciendo figurar en ella, los hechos que motivan tal despido, y la fecha en la que este tendrá efectos (sin perjuicio de que el Convenio Colectivo establezca otras exigencias formales). Por otro lado, cabe dejar claro, que **en el despido disciplinario no se requiere preaviso**, por lo tanto la relación laboral se extingue en el mismo momento de la notificación de la Carta.

Tal y como se establece en el artículo 103.1 de la LJS, D. Sergio podría reclamar contra el despido disciplinario, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, D. Sergio es Secretario de Organización del Sindicato CGT desde el día 19 de junio de 2015, y además, es parte de una sección sindical desde el día 17 de mayo, apenas unos días antes de recibir su despido. Estos hechos no afecten a la calificación jurídica del despido, sin embargo, se podría reclamar la **NULIDAD DEL DESPIDO** (y subsidiariamente la **IMPROCEDENCIA DEL MISMO**), en caso de acreditarse que la rescisión del contrato, tuviese como base, la vulneración del Principio de Libertad Sindical (derecho fundamental establecido en el apartado primero, del art. 28 de la Constitución Española).

La Doctrina del Tribunal Constitucional ha estudiado este fenómeno de los despidos por razones sindicalistas, entiendo que los mismos, operan como una represalia por parte de la empresa, frente al ejercicio de la libertad sindical, y por lo tanto su consideración será de **DESPIDO NULO**⁵⁴.

En este sentido, don Sergio podría conseguir la nulidad del despido (con todas las consecuencias jurídico-laborales que ello conllevaría), por razones de vulneración de un derecho fundamental, como es el de libertad sindical, si demuestra que este despido llevado a cabo por la empresa, ocultase motivos sindicales. Además, la empresa era totalmente conocedora del cargo de Secretario de Organización del Sindicato CGT, del trabajador, ya el trabajador ostentaba este cargo, desde el 19 de junio de 2015, previamente a su contratación por la empresa CONTRATOPHONE, S.A.

Por otro lado, una vez dentro de la empresa, el trabajador pasó a formar parte de una sección sindical dentro de la misma, lo que **resulta trascendental a la hora de estudiar la falta de formalidad en el despido llevado a cabo para con este trabajador, pues precisamente por su condición de sindicalista**, los requisitos son diferentes y complejos.

El Estatuto de los Trabajadores, regula en el artículo 55.1, la forma y efectos del despido disciplinario, donde se establece la **obligación de la empresa de dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical a la que estuviese afiliado el trabajador** cuyo contrato van a rescindir, siempre que al empresario le conste que existía tal afiliación. El derecho de audiencia no solo se aplica al trabajador afiliado a un

⁵⁴ STC de 31 de marzo de 1998, 74/1998, (Ref.: BOE-T-1998-10511).

sindicato, sino también al representante sindical afiliado, tal y como se reconoció en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Octubre de 2001⁵⁵.

En este sentido los apartados 4 y 5 del artículo 64 del Convenio Colectivo, establecen que independientemente de la calificación de la falta, esta requerirá comunicación escrita y motivada de la empresa a la persona afectada, y la imposición de su sanción, **en caso de ser una falta grave o muy grave, será notificada a la representación legal de los trabajadores.**

También la Ley Orgánica de Libertad Sindical⁵⁶ recoge en su artículo 10.3, apartado 3º, **las funciones que tienen los Delegados Sindicales**, en el caso de que no formen parte del Comité de Empresa, **de ser oídos por la empresa antes de que lleven a cabo la adopción de medidas** de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general, y **a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.** Es por ello, que antes de haber llevado a cabo el despido de don Sergio, se debieron de haber tenido en cuenta las alegaciones que el trabajador pudiese haber formulado, por lo que **cabría demandar solicitando que se declare como DESPIDO DISCIPLINARIO IMPROCEDENTE, al no cumplirse los requisitos de forma.**

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social recoge en su Capítulo II (“*De los despidos y sanciones*”), el despido disciplinario, en la Sección Primera, donde interesa mencionar el artículo 104, sobre los requisitos del mencionado despido. Los apartados c) y d), establecen que las demandas por despido disciplinario, además de contener los requisitos generales, habrán de determinar por un lado “*si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso*”, y por otro lado, “*si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera*”.

No obstante, puede ser cuestionada la celeridad con la que el trabajador entró a formar parte de la sección sindical, puesto que la afiliación se llevó a cabo días antes a la notificación, de su despido, sin embargo, toda vez que un trabajador esté afiliado a un sindicato, en el momento del despido, será necesario llevar a cabo el trámite de audiencia al delegado sindical⁵⁷.

Así las cosas, como don Sergio forma parte de una sección sindical, pero no es miembro del Comité de Empresa, ni tampoco ostenta las funciones de Delegado Sindical, el requisito que se debió de haber llevado a cabo por parte de

⁵⁵ STS de 16 de octubre de 2001, (Rec 3024/2000).

⁵⁶ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. («BOE» núm. 189, de 08/08/1985).

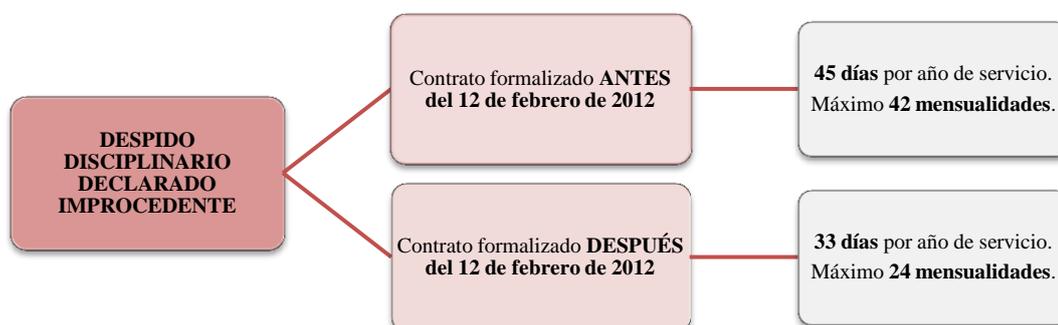
⁵⁷ *Comunicación de la decisión de despido disciplinario al trabajador.* (2018). Supercontable.com. Recuperado el 2 de febrero de 2018, de https://www.supercontable.com/informacion/laboral/Comunicacion_de_la_decision_de_despido_disciplinario_.html

CONTRATOPHONE, S.A., es la **Audiencia del delegado sindical**, tal y como comenté anteriormente, **a diferencia del trámite que debiera llevarse a cabo, en caso de ser miembro del Comité de Empresa, o Delgado Sindical, cuyo requisito sería la solicitud de un Expediente Contradictorio**, que no es más que solicitar al órgano de representación un informe sobre el comportamiento del trabajador.

3. ¿Tiene derecho a exigir alguna indemnización? ¿Por qué motivos?

Suponiendo que don Sergio finalmente demanda a la empresa, reclamando la **IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO**, por incumplimiento de los requisitos formales, y finalmente obtiene sentencia favorable, en los tribunales sociales, el trabajador tendría derecho a percibir, en su caso, una indemnización por despido improcedente, tal y como se reconoce el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que supuso la modificación del apartado 1, del artículo 56, del Estatuto de los Trabajadores, reduciendo la indemnización por despido improcedente de 45 días por año, con el máximo de 42 mensualidades, a una indemnización de 33 días por año con el máximo de 24 mensualidades.

Se puede apreciar la modificación de la norma, con mayor facilidad, en el cuadro que se presenta a continuación:



La cuantía de la indemnización, será la resultante al haber llevado a cabo la siguiente multiplicación:



Así, la propia Doctrina del TS, en Sentencia de fecha 9 de mayo de 2011⁵⁸, establece que "los parámetros que establece el artículo 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios".

Por lo tanto, si el despido es **CALIFICADO DE IMPROCEDENTE**, según establece el artículo 56 de ET, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, habrá de optar entre:

⁵⁸ STS de 9 de mayo de 2011, (rec. 2374/2010).

- **Readmitir a don Sergio, y abonarle los salarios de tramitación**, es decir, aquellos que ha dejado de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia del despido, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y probase el empresario lo percibido por el trabajador/a, para así descontarlo de los salarios de tramitación⁵⁹.
- **Pagarle una indemnización de 33 días**, por cada año de servicio, hasta un máximo de 24 mensualidades.

No obstante, el despido disciplinario, ya sea declarado procedente como improcedente, es causa de acceso a la prestación por desempleo.

4. ¿Podría exigir que se le reincorpore a su puesto de trabajo?

Tras la reforma laboral de 2012, cuando el despido de don Sergio se haya declarado improcedente, la empresa CONTRATOPHONE, S.A., tendrá un plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del despido disciplinario, para poder ejercer el “**Derecho de opción**”, contemplado en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se declara que *“cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”*.

La readmisión de don Sergio, conllevará consigo el abono de los salarios de tramitación anteriormente mencionados, desde la fecha en la que tuvo lugar el despido, **siempre y cuando EL DESPIDO DISCIPLINARIO se considere finalmente, por parte de los tribunales, como un DESPIDO IMPROCEDENTE.**

En caso de haber optado por la indemnización, esta opción supondrá la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

CONCLUSIONES

- La rescisión de contrato de don Sergio, obedece también, a razones de absentismo laboral, al igual que el despido de don Agustín, ya que las ausencias ascienden al 54% de los días de trabajo, durante los meses de febrero y marzo.
- Sin embargo, a diferencia de don Agustín, el absentismo de don Sergio carece de justificación alguna, por lo se trata de un **DESPIDO DISCIPLINARIO** (art. 54 ET).
- Además, el Convenio Colectivo para las empresas de Contact Center (anteriormente citado), recoge las faltas y las sanciones, consideradas como muy graves, donde el absentismo laboral, se encuentra recogido como una de ellas.
- Sin embargo, el trabajador, formaba parte de una sección sindical de la empresa, por lo que el procedimiento de despido de trabajadores sindicalistas, requiere de una

⁵⁹ Guía Jurídico Sindical. Manual de interpretación de la normativa laboral para la actuación sindical. Madrid, 2011, pp. 233-239.
<http://in-formacioncgt.info/juridico-sind/guias/GUIA%20JURIDICA%202017.pdf>

formalidad diferente al resto de los trabajadores, es decir, una formalidad especial por lo que la empresa debió de haber dado audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical en la que está afiliado don Sergio, previamente a haber sido despedido el empleado.

- Por lo tanto, en cuanto a razones de fondo, **el trabajador NO PODRÁ RECLAMAR LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO**, ya que no tiene justificante de ninguna de las faltas, y además, entiende esta parte que el trabajador ha superado el porcentaje de ausencias permitido por la ley, por lo que **SU DESPIDO SERÁ PROCEDENTE**.

- Sin embargo, don Sergio, **puede RECLAMAR LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO**, por razones formales, ya que no se han cumplido las formalidades que recoge la Ley, para el caso de despido de trabajadores sindicalistas.

CONCLUSIONES FINALES

A lo largo del presente Trabajo de Fin de Grado se ha estudiado el despido de tres trabajadores que formaban parte de un equipo de trabajo, de la empresa CONTRATOPHONE, S.A, así como sus posibles consecuencias jurídicas, en caso de ser reconocidos tales despidos, como procedentes, improcedentes, o nulos, por parte de los Tribunales.

Pon ende, ha sido necesario un análisis exhaustivo de la situación personal de cada uno de ellos en el momento del despido, tanto en lo concerniente a su perspectiva jurídica laboral, como las posibles consecuencias que supondría, una futura calificación de improcedencia o nulidad, por parte de los tribunales.

Tras haber analizado todas y cada una de las condiciones de los trabajadores, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

- **La bajada de rendimiento por incapacidad temporal a causa de un accidente no significa, por sí mismo, que el despido sea discriminatorio,** y por tanto nulo, por razón de una discapacidad, sino que habrá que comprobar si la limitación de la capacidad del trabajador, tiene carácter de “duradero”.
- **La calificación jurídica del absentismo laboral, dependerá de si el trabajador ha justificado o no, tales ausencias,** toda vez que estas superen el porcentaje límite legal.
- **La empresa podrá despedir al trabajador que falte a su puesto de trabajo, aunque la inasistencia esté justificada.** Siempre que supere la limitación porcentual establecida por el Estatuto de los Trabajadores, la empresa podrá rescindir el contrato, mediante despido objetivo, lo que supondrá para el trabajador, un derecho a percibir una indemnización por año trabajado.
- **El Estatuto de los Trabajadores, recoge ciertos casos/excepciones,** en los que aunque el trabajador supere tales porcentajes, no se tendrán en cuenta las ausencias, y la empresa no podrá llevar a cabo ningún despido, por razón de este absentismo.
- **Si el trabajador no ha justificado sus faltas al trabajo,** la empresa tendrá derecho a rescindir el contrato bajo la calificación de despido disciplinario, sin necesidad de preaviso, y sin que exista derecho para el trabajador, a indemnización alguna, ni a salarios de tramitación por dicha resolución.
- **La falta de requisitos formales (ordinarios o especiales) a la hora de llevar a cabo un despido objetivo, o disciplinario, puede dar lugar a la improcedencia del mismo.**

BIBLIOGRAFÍA

• MANUALES:

ALONSO OLEA, M., *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2º edición, Civitas, Madrid, 1995, pp. 43- 44.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Absentismo Laboral*, Thomson Reuters, Civitas, Aranzadi, 2013, pp. 20-23.

NOVA MELLE, P., *El absentismo laboral como indicador de unas deficientes condiciones de trabajo*, Universidad Complutense de Madrid. Cuadernos de Relaciones Laborales nº 9. Serv. Public. UMC. Madrid 1996, p. 229.

RINCÓN SÁNCHEZ, C., *Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos*, 10ª edición, Ediciones CEF., Madrid, 2017, pp. 15- 16.

TOLEDO OMS, A., *El despido sin causa del trabajador en Situación de Incapacidad Temporal*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2009, p. 189.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 64-65.

• MANUALES ONLINE:

Guía Jurídico Sindical. Manual de interpretación de la normativa laboral para la actuación sindical. Madrid, 2011, pp. 233-239. <http://in-formacioncgt.info/juridico-sind/guias/GUIA%20JURIDICA%202017.pdf>

• RECURSOS ONLINE:

Comunicación de la decisión de despido disciplinario al trabajador. (2018). Supercontable.com. Recuperado el 2 de febrero de 2018, de https://www.supercontable.com/informacion/laboral/Comunicacion_de_la_decision_de_despido_disciplinario_.html

Despido disciplinario por faltas de asistencia o puntualidad repetidas e injustificadas. (2018). Supercontable.com. Recuperado el 17 de enero de 2018, de https://www.supercontable.com/informacion/laboral/Despido_disciplinario_por_faltas_de_asistencia_.html

El efecto perverso del reconocimiento como discapacidad de las incapacidades laborales temporales: A propósito de la SJS n.º 33 de Barcelona de 23 de diciembre de 2016 | Derecho Laboral Social. (2018). Laboral-social.com. Recuperado el 31 de enero de 2018, de <http://www.laboral-social.com/it-discapacidad-despido-nulidad-discriminacion-daouidi-sjs-33-barcelona-472-2016-23-diciembre.html>

Especial causalidad despido disciplinario (V). Disminución del rendimiento. (2018). Tuasesorlaboral.net. Recuperado el 31 de enero de 2018, de <http://www.tuasesorlaboral.net/categorias-de-estudio/temas-juridicos/28-especial-causalidad-despido-disciplinario-v-disminucion-del-rendimiento>

Preaviso de la extinción laboral. (2018). *Iberley.es*. Recuperado el 19 de enero de 2018, de <https://www.iberley.es/temas/preaviso-extincion-laboral-751>

Real Academia Española (2018). Diccionario de la lengua española (23.aed.2014). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

Vulneración de derechos fundamentales e indemnización por daño moral. (2018). *Belzuz.com*. Recuperado el 16 de enero de 2018, de <http://www.belzuz.com/es/publicaciones/en-espanol/item/548-vulneracion-de-derechos-fundamentales-e-indemnizacion-por-dano-moral.html>

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

• JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

- STC de 26 de julio de 2005 [EDJ 157692].
- STS 2 de mayo de 1990 (RJ 1990\3937).
- STS 62/2008, de 26 de mayo de 2008 (rec. de Amparo n.º 3912/2005).
- STS 9 de diciembre de 2010, [EDJ 290698].
- STS de 10 de octubre de 2005, (rec 3111/2004).
- STS de 12 de mayo de 2015, (rec. 1731/2014).
- STS de 14 Julio 1982 (RJ 4613).
- STS de 16 de octubre de 2001, (rec 3024/2000).
- STS de 19 de septiembre de 2011. (ILJ 1248/2011).
- STS de 24 de julio de 2006, (rec. de Amparo n.º 6074/2003).
- STS de 25 de enero de 2005. (rec. 6290/2003).
- STS de 26 de julio de 2005, [Roj: 5157/2005].
- STS de 5 de octubre de 2005, (rec. 3648/2004), [EDJ 2005/180489].
- STS de 7 de mayo 2015 (rec. 1000/2014).
- STS de 9 de mayo de 2011, (rec. Nº: 2374/2010).
- STSJ de Galicia, de 19 de junio de 2013, (rec. 881/2013).
- STSJ de Galicia, de 30 de septiembre de 2015, (rec.: 2522/2015).

• JURISPRUDENCIA EUROPEA:

- STJUE de 1 de diciembre de 2016 (Asunto C-395/15).
- STJUE de 11 de abril 2013, (Asuntos C-335/11 y C-337/11).
- STJUE de 11 de julio 2006, (Asunto C-13/05)

APÉNDICE LEGISLATIVO

• LEGISLACIÓN ESPAÑOLA:

Constitución Española («BOE» núm. 311, de 29/12/1978).

Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. («BOE» núm. 162, de 07/07/2012).

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. («BOE» núm. 227, de 18 de septiembre de 2010).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*. («BOE» núm. 245, de 11/10/2011).

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, *de Libertad Sindical*. («BOE» núm. 189, de 08/08/1985).

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. («BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 2012, páginas 12483 a 12546).

Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal*. («BOE» núm. 98, de 24 de abril de 1997, páginas 13132 a 13135).

Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, *por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración*. («BOE» núm. 176, de 21 de julio de 2014, páginas 57579 a 57596).

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. («BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, páginas 95635 a 95673).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. («BOE» núm. 255, de 24/10/2015).

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* («BOE» núm. 189, de 08/08/2000).

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*. («BOE» núm. 261, de 31/10/2015).

Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, *por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact*

Center (antes Telemarketing). («BOE» núm. 165, de 12 de julio de 2017, páginas 59955 a 60001).

- **LEGISLACIÓN EUROPEA:**

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. («DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22).

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