



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Despido laboral por
absentismo

Sabela García Lestón

Tutor: Santiago A. Roura Gómez

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

Año 2018

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña para la obtención de la Simultaneidad de Grado en Derecho y Grado en Administración y Dirección de Empresas

Índice

Abreviaturas.....	4
Antecedentes de hecho.....	5
Introducción.....	7
I. Caso Doña Carmen.....	10
1. Calificación jurídica de la decisión de la empresa.....	10
a. Requisitos formales.....	11
b. Plazo.....	14
c. Concurrencia de causa justificada.....	15
d. Nulidad por discriminación.....	17
2. Motivos para emprender algún tipo de acción legal.....	21
3. Derecho a exigir alguna indemnización.....	22
4. Derecho a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo.....	23
II. Caso Don Agustín.....	25
1. Calificación jurídica de la decisión de la empresa.....	25
a. Requisitos formales.....	26
b. Concurrencia de causa justificada.....	27
2. Motivos para emprender algún tipo de acción legal.....	28
3. Derecho a exigir alguna indemnización.....	31
4. Derecho a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo.....	31
III. Caso Don Sergio.....	33
1. Calificación jurídica de la decisión de la empresa.....	33
a. Requisitos formales.....	34
b. Concurrencia de causa justificada.....	36
c. Nulidad por discriminación.....	38
d. Nulidad por vulneración del derecho de libertad sindical.....	38
2. Motivos para emprender algún tipo de acción legal.....	39
3. Derecho a exigir alguna indemnización.....	40

4. Derecho a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo.....	41
Conclusiones finales.....	43
Bibliografía.....	45
Apéndice jurisprudencial.....	46
Apéndice normativo.....	48

Abreviaturas

Art	Artículo.
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
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.
IT	Incapacidad temporal.
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. «BOE» núm. 189, de 8 de agosto de 1985.
Núm	Número.
P (pp)	Página(s).
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.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.

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.

Con los detalles sobre este caso de despido laboral por absentismo deberá darse respuesta a las siguientes 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?

Introducción

En el caso que nos atañe, los tres trabajadores de la empresa CONTRATOPHONE S.A., Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio, se encuentran en una situación que es común a todos ellos: se ha producido la extinción de sus contratos laborales por decisión unilateral de la empresa empleadora. (La comunicación de esta decisión fue recibida el veintidós de mayo de 2017 por Doña Carmen y Don Agustín, y el día siguiente por Don Sergio).

En el artículo 49 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)¹ encontramos el desglose de todas las posibles causas de extinción del contrato laboral. Estas causas pueden ser clasificadas en tres grupos:

- Ligadas a la voluntad unilateral de alguna de las partes, bien sea el empresario o el trabajador.
- Derivadas de la voluntad conjunta de ambas partes.
- Producidas por situaciones que afectan a cualquiera de las partes y que imposibilitan de forma física o legal la continuidad de la relación laboral².

Tal y como se adelantaba en el inicio de la introducción, la causa de la extinción de estas tres relaciones laborales es debida a la voluntad de una de las partes, en este caso el empresario.

Esta decisión unilateral por parte de la empresa de rescindir el contrato laboral recibe el nombre de despido. Aunque la ley reserve la palabra "despido" únicamente para el caso de los denominados "despido disciplinario" y "despido colectivo", debemos enmarcar igualmente dentro del despido como decisión unilateral por parte de la empresa la extinción del contrato por causas objetivas.

Las notas que caracterizan al negocio jurídico del despido son:

- Su unilateralidad, en tanto que se trata de una decisión llevada a cabo por el empresario con independencia de la voluntad del trabajador.
- Es constitutivo, puesto que tiene efectos extintivos por sí mismo, sin perjuicio de que el trabajador tenga derecho a impugnarlo y acabe recibiendo la calificación jurídica de nulo o improcedente.
- Recepticio, ya que requiere el efectivo conocimiento del trabajador para producir efectos jurídicos³.

El despido colectivo se caracteriza, tal y como se desprende del art. 51.1 ET por ser una extinción de contratos laborales por decisión unilateral de la empresa debido a causas

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

² GARCÍA MURCIA, J., MARTÍN VALVERDE, A. Y RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIERREZ, F.: *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 787.

³ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 11.

económicas, técnicas organizativas o de producción cuando esta decisión afecte, en un periodo de noventa días, a un número determinado de trabajadores de la empresa.

La decisiones llevadas a cabo por la empresa CONTRAPHONE S.A., si bien podrían ser interpretadas en un primer momento como un despido colectivo (puesto que tres integrantes de un equipo de trabajo fueron despedidos prácticamente al mismo tiempo), debemos desechar esta opción al no cumplir los requisitos del art. 51.1 ET para ser considerado como despido colectivo.

Si bien es cierto que del presente caso sólo se desprende la existencia de un equipo de trabajo compuesto por veinte trabajadores, sin tener constancia de cuantos trabajadores emplea en total la empresa CONTRAPHONE S.A., basta con dicha información para descartar la calificación de la decisión de la empresa como despido colectivo puesto que, sea cual sea el número total de ocupados en esta empresa, ninguno de los requisitos esgrimidos en el art. 51.1 ET se cumple:

- El apartado a) exige, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores el despido de al menos diez de estos. Sin embargo, en este caso sólo consta el despido de tres trabajadores.

- El apartado b) exige, en caso de que dicha empresa ocupare entre cien y trescientos trabajadores, la extinción del contrato laboral afecte, al menos, al diez por ciento del número total de trabajadores. El presente caso no podría enmarcarse tampoco en dicho supuesto ya que ello exigiría, como mínimo, el despido de más de diez trabajadores (rescisión mínima del diez por ciento de una plantilla total mínima de cien trabajadores).

- El apartado C) apunta a una calificación de despido colectivo cuando este afecte al menos a 30 trabajadores en las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores. Por lo tanto, aunque la empresa CONTRAPHONE S.A. tuviera una plantilla total de esta magnitud, los despidos que constan en el caso se reducen al número de tres trabajadores, por lo que tampoco se enmarca en este supuesto.

Una vez descartada la opción del despido colectivo, la rescisión del contrato laboral de estos tres trabajadores pasará a englobar las otras dos grandes categorías de despido: el despido disciplinario y el despido por causas objetivas.

Mientras que el despido disciplinario se caracteriza por exigir el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones contractuales por parte de los trabajadores (siendo estos despidos considerados como faltas muy graves), en la extinción del contrato por causas objetivas no concurre la voluntariedad de incumplimiento por parte del trabajador. En este último caso no existe la comisión de ningún tipo de falta por el trabajador, siendo el motivo del despido el excesivo coste que supone para el empresario su mantenimiento dentro de la plantilla al no aportar su prestación el interés productivo necesario para el desarrollo de su actividad empresarial⁴.

Por otra parte, siendo uno de los requisitos fundamentales del despido la existencia de una causa justificada, debemos afirmar que el sistema español de despido es causal y no libre. Quedan a salvo de este requisito excepciones como el caso del período de prueba.⁵

⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2016, p. 409.

⁵ GARCÍA MURCIA, J., MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 788.

De este modo, a pesar de encontrarnos ante tres supuestos de despido, cada uno de ellos responde a unas causas y circunstancias diferentes, por lo que procederemos al análisis individualizado de cada uno de ellos.

Se estudiará en cada uno de los supuestos si se trata de un despido disciplinario o por causas objetivas y si merece la calificación jurídica de despido procedente, nulo o improcedente. Además, contemplaremos la posibilidad que puede tener cada uno de estos tres trabajadores para emprender algún tipo de acción legal contra la decisión llevada a cabo de forma unilateral por CONTRATOPHONE S.A, solicitar algún tipo de indemnización así como el posible derecho de reincorporación a su puesto de trabajo. De esta forma, daremos respuesta caso a caso a las cuatro cuestiones señaladas en el supuesto práctico.

I. Caso Doña Carmen

1. Calificación jurídica de la decisión de la empresa

En el caso de la trabajadora Doña Carmen Fernández, a la vista del contenido de la carta que recibe el día 22 de mayo de 2017 por parte de la empresa CONTRAPHONE S.A., la clasificación de la decisión tomada por la empresa es la propia de un despido disciplinario. Ello es así puesto que la causa de rescisión del contrato laboral es, citando textualmente parte del contenido de la carta: "*la bajada de su rendimiento, que se manifiesta de manera continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible*".

Esta causa se corresponde con la prevista en el art. 54.2.e) ET⁶, por lo que se afirma su categoría como despido disciplinario. El concepto de esta categoría de despido es el de "un negocio jurídico subordinado al contrato de trabajo por el cual el empresario, unilateralmente, rescinde el contrato como consecuencia de un previo incumplimiento grave y culpable del trabajador"⁷.

De esta definición se desprenden las cuatro siguientes características:

- El carácter individual del despido, ya que se refiere a un incumplimiento concreto, en este caso de un incumplimiento de Doña Carmen. Se descarta por lo tanto la posibilidad de despido colectivo tal y como avanzábamos en la introducción.
- La vigencia del contrato laboral. En este caso, el despido se produjo mientras imperaba una suspensión del mismo debido a una incapacidad temporal (de ahora en adelante, IT) de la interesada. Sin embargo, a pesar de estar el contrato laboral en suspenso, la relación laboral seguía viva. Conviene aclarar que gracias a la reforma de 1994, la empresa CONTRAPHONE S.A. conserva íntegramente la facultad de rescindir el contrato laboral de forma unilateral durante la IT de Doña Carmen, aduciendo en este caso causas disciplinarias.
- Fundamento disciplinario. En el despido disciplinario se requiere una conducta antijurídica del trabajador consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a las que está sometido por el contrato laboral que suscribió, debiendo ser por lo tanto un incumplimiento contractual.
- Incumplimiento grave y culpable. De esta forma, teniendo en cuenta que el despido es la sanción más grave que el empresario puede imponer al trabajador, no basta con el incumplimiento de las obligaciones, sino que dicho incumplimiento debe ser grave y culpable.

Cuando el legislador puntualiza que dicho incumplimiento contractual por parte del trabajador ha de ser grave, se entiende que este debe alcanzar cierta entidad.

⁶ Art. 54.2. ET: "Se considerarán incumplimientos contractuales: [...] e) la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado."

⁷ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., MOLERO MANGLANO, C. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 703.

Por otra parte, cuando se afirma que debe ser culpable, se entenderá que este incumplimiento debe ser imputable al trabajador, sea por dolo, culpa, malicia o negligencia⁸.

Pues bien, para que este despido disciplinario sea válido y tenga eficacia debe probarse tanto la veracidad de la causa alegada del despido (en este caso, la disminución voluntaria y continuada de su rendimiento) como el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por el art. 55.1 ET⁹.

Comenzaremos analizando si se han llevado a cabo los requisitos formales exigidos.

a. Requisitos formales:

Los requisitos formales exigidos vienen derivados tanto del texto legal como del convenio colectivo aplicable.

En el caso que nos atañe, sólo se indica que la labor de los trabajadores consiste en realizar la venta de unos servicios de telefonía a unos clientes con unas necesidades concretas en la campaña "Primavera Fantástica", sin especificar si dicha venta la realizan mediante servicios de telemarketing, a través de venta directa a "puerta fría", en un local comercial o cualquier otro modo de venta posible.

Para facilitar la resolución del caso entenderemos que todos los trabajadores realizan las ventas de la campaña a través de telemarketing telefónico, acogiéndose de este modo a la 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)¹⁰.

Como dicho convenio colectivo no añade requisitos de forma y procedimiento, así como tampoco ninguna variación en las cuantías indemnizatorias, analizaremos el cumplimiento de los requisitos de forma descritos únicamente en el ET.

A tenor de lo dispuesto en el ya citado art. 55.1 ET, para que el despido disciplinario tenga validez debe cumplir una serie de requisitos de forma, que en este caso se concretan en el deber de notificación por escrito al trabajador, la descripción de los hechos que motivan tal decisión y la fecha a partir de la cual la rescisión del contrato tendrá efecto.

- Deber de notificación por escrito al trabajador. Puesto que estamos ante un negocio unilateral recepticio del empleador, para su validez debe ser recibido y debidamente

⁸ GARCÍA MURCIA, J., MARTÍN VALVERDE, A. y RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 792.

⁹ Art. 55.1 ET: "El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido. Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato."

¹⁰ BOE núm. 165, de 12 de julio de 2017; en adelante Convenio colectivo contact center.

notificado al empleado afectado. Dicha notificación podrá ser por carta o por otros medios telemáticos regulados en la ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. No es un requisito ineludible la firma de recepción del trabajador, pero debe constar fehacientemente que el mismo ha recibido la notificación en cuestión¹¹.

En el caso que nos atañe, Doña Carmen recibe mediante carta la notificación de su despido disciplinario, por lo que debemos entender cumplido este primer requisito de forma.

- Descripción de los hechos que motivan la decisión del despido. El deber de comunicar al trabajador los hechos que justifican la decisión de CONTRATOPHONE S.A. de rescindir la relación laboral tiene principalmente dos fundamentos. En primer lugar, evitar que se produzca una situación de indefensión por parte del trabajador prohibida por el art. 24 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, CE), y en segundo lugar, limitar los motivos de oposición a la demanda por parte del demandado, quedando estos reducidos a los contenidos en la descripción de los hechos de la carta de despido.

De este modo, si bien es cierto que no es necesaria una descripción detallada y exhaustiva de los hechos, ni tampoco su reflejo en los textos legales o convenios colectivos, Doña Carmen deberá tener la posibilidad de identificar los hechos o causas descritas en la carta recibida de forma inequívoca, clara y suficiente, sin que la falta de detalle pueda generar en ningún momento una situación de indefensión y le permita impugnar la decisión llevada a cabo por CONTRATOPHONE S.A.¹².

En este caso, a pesar de que Doña Carmen es advertida de que la rescisión de su contrato está fundamentada en la bajada de su rendimiento en relación con la actividad normal y exigible, no se detallan las fechas en las cuales esta bajada de rendimiento tiene lugar.

El único dato que podemos sustraer del supuesto de hecho es que esta bajada de rendimiento se produjo durante la campaña "Primavera Fantástica", sin tener constancia de las fechas concretas a las que la carta hace referencia. De este modo, no cabe dar por cumplido el requisito de la descripción de los hechos que motivan la decisión del despido, puesto que son claramente insuficientes e imprecisos, pudiendo derivar en una situación de indefensión para la trabajadora, y debiendo por lo tanto declararse como despido improcedente.

- Fecha de rescisión del contrato laboral. El requisito de la fecha a partir de la cual se hace efectivo el despido tiene especial relevancia, pues será a partir de este momento cuando comenzará el cómputo de los veinte días de los cuales dispone el trabajador para ejercitar una posible demanda de impugnación (art. 59.3 ET¹³). Esta fecha podrá ser el propio día en el cual el trabajador recibe la notificación o una fecha posterior, pero nunca producirá sus efectos en fecha anterior a la recepción de la carta de despido. A

¹¹GARCÍA MURCIA, J., MARTÍN VALVERDE, A. Y RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIERREZ, F.: *Derecho del Trabajo*, op.cit., p. 799

¹² STSJ de Cantabria de 24 de enero de 2005 [AS/2005/13]

¹³ Art. 59.3 ET: "El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos.

El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente."

partir de este momento se extinguen todas las obligaciones contractuales derivadas de la relación laboral.

La STS de 27 de marzo de 2013 [RJ 2013/3379], que trata sobre un trabajador al que le fue notificada una carta de despido sin venir reflejada la fecha en la que se haría efectivo, reafirma lo dispuesto en el fundamento de derecho cuarto de la STS de 21 de septiembre de 2005 [RJ 2005/ 7650]. Esta última nos indica que " los arts. 55.4 ET y 108.1 LPL no dejan lugar a dudas sobre los efectos de la omisión de los requisitos legales exigidos por el art. 55.1 ET para el despido, entre los que se halla la omisión de la fecha de efectos: es la declaración de improcedencia del despido. Tal conclusión, como expresión de la voluntad de la ley, se refuerza por el hecho de que hay una expresa previsión legal de subsanación de la omisión de los requisitos de forma, la cual es contenida en el art. 55.2 ET. Por otra parte ninguna norma condiciona tales efectos a que la omisión lo sea -conjuntamente- de todos o de varios requisitos y no de uno solo de ellos. Y por último, son razones de seguridad jurídica para el trabajador despedido las que, sin duda, subyacen a la exigencia de que al serle notificado el despido se le haga saber la fecha en que éste ha de producir sus efectos."

En el caso objeto de estudio, al igual que sucedía en la sentencia a la que acabamos de hacer referencia, no consta que en la carta recibida por Doña Carmen figure la fecha de rescisión del contrato de trabajo, por lo que de ser así, se estaría incumpliendo este requisito formal indispensable para la validez del despido con la consiguiente calificación jurídica de improcedente.

Tal y como se desprende del texto legal y de la jurisprudencia citada, el incumplimiento de cualquiera de estos tres requisitos formales tendrá como consecuencia la calificación del despido disciplinario como improcedente (art. 55.4 ET¹⁴). De este modo, y habiendo entrado a valorar únicamente los requisitos de forma esenciales, podemos confirmar que el despido de Doña Carmen será calificado jurídicamente de improcedente, pues en la comunicación de despido no figuran las causas en las que se basa de forma clara y suficiente ni la fecha a partir de la cual el despido se hará efectivo.

Otro requisito de forma es el deber de información al comité de empresa recogido en el art. 64.4.c) ET¹⁵ en cuanto a que el despido disciplinario es considerado como una falta muy grave. No obstante, el incumplimiento de este requisito formal no determina la clasificación del despido como improcedente, sino que únicamente tendrá como repercusión una sanción administrativa hacia CONTRATOPHONE S.A.¹⁶

En el caso de que Doña Carmen fuese representante de los trabajadores o delegada sindical concurriría el requisito formal adicional de la apertura del expediente contradictorio, y en caso de que esta estuviese afiliada a un sindicato de los trabajadores en el que hubiese algún delegado sindical y el empresario tuviese constancia de ello debería llevarse a cabo el trámite de audiencia previa (art. 55.1 ET).

¹⁴ Art. 55.4 ET: "El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1".

¹⁵ Art. 64.4 ET: "El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a [...] c) ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves".

¹⁶ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*. op.cit. p. 101.

Subsanación incumplimiento requisitos formales

El art. 55.2 ET recoge la posibilidad por parte del empresario de subsanar el incumplimiento de los requisitos formales que acabamos de detallar realizando un nuevo despido en donde dé cumplimiento a los mismos. Según este precepto, antes de que se lleve a cabo la conciliación o el juicio, CONTRATOPHONE S.A. tendría un plazo de veinte días naturales, contados desde que se hizo efectivo el primer despido, para realizar un nuevo despido que subsane el anterior.

Como requisitos, se le exige a la empresa el abono de los días intermedios así como el mantenimiento del alta en la Seguridad Social del trabajador.

No obstante, este nuevo despido no se tendrá en cuenta cuando además de incumplimientos formales existan otros incumplimientos de carácter sustantivo. Como veremos a continuación, este sería el caso del despido de Doña Carmen.

Por otra parte, según lo dispuesto en el art. 110.4 LJS, si el incumplimiento formal lo aprecia la sentencia que declara el despido como improcedente, el empleador tendrá un plazo de siete días para formular un nuevo despido en caso de que haya optado por la opción de readmisión. Este segundo despido sería totalmente independiente al primero teniendo efectos desde su fecha, sin que se considere que subsana al anterior.

b. Plazo:

Como el resto de sanciones disciplinarias, este despido también está sujeto a un plazo de prescripción, que según el art. 60.2 ET será de sesenta días desde que la empresa tuvo conocimiento de su comisión (puesto que el despido disciplinario es considerado como falta muy grave) y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

En el caso que nos concierne, teniendo en cuenta por un lado que el 23 de abril de 2017 uno de sus superiores informa al equipo de trabajo al que pertenece Doña Carmen del éxito que está teniendo la campaña "Primavera Fantástica" gracias a la labor desempeñada y por otro, que el 2 de mayo de 2017 la interesada inicia el proceso de IT con baja médica hasta el 26 del mismo mes, la bajada de rendimiento mencionada en la carta puede hacer referencia a 3 períodos temporales:

- 1- La bajada del rendimiento normal pudo ser producida en el plazo comprendido entre el 23 de abril y el 2 de mayo, no superando en este caso el plazo de prescripción descrito anteriormente.
- 2- Si hiciere referencia a un período anterior al 23 de abril, no disponemos de la información suficiente para determinar si se corresponde a un período en el que haya transcurrido o no el plazo de prescripción.
- 3- Si esta bajada de rendimiento estuviese referida al tiempo en el que Doña Carmen se encontraba en situación de incapacidad temporal no sería válida la causa justificada, puesto que faltaría el elemento de la voluntariedad de la trabajadora. Ello es así puesto que cuando la disminución del rendimiento de trabajo está

justificada (tal y como es el caso de la situación de incapacidad temporal), no se considera la existencia de voluntariedad.¹⁷

c. Concurrencia de causa justificada

Para que se aprecien los requisitos que den validez a este despido como disciplinario el art. 54.1 ET¹⁸ establece de forma general que el incumplimiento ha de ser grave y culpable.

En el caso concreto de Doña Carmen, estos requisitos se concretan en el art. 54.2.e) ET, en donde se establece que la disminución del rendimiento de trabajo ha de ser continuada y voluntaria.

- Continuada: la gravedad de la disminución del rendimiento se ve reflejada en la persistencia de esta disminución, descartando de este modo bajadas de rendimiento puntuales y residuales.

Si consideramos que la bajada de rendimiento se produjo en el período de tiempo existente entre la felicitación al equipo por su buena labor y el comienzo de su baja médica, constituyendo este período un total de 7 días laborables, no cabe considerarse tiempo suficiente para afirmar la existencia de una continuidad en la bajada de su rendimiento.

Sin embargo, como en la carta de despido no se detalla el período temporal en el cual se produce esta bajada de rendimiento, no cabe sacar una conclusión clara sobre el cumplimiento o incumplimiento de este requisito de continuidad.

Por otra parte, si el incumplimiento de Doña Carmen fuese continuado, antes de que el empresario tomara la decisión de emprender la sanción más grave (el despido), debería de haber procedido a sancionarla anteriormente con faltas leves o graves. Al no constar este hecho, podríamos hablar de la existencia de un cierto grado de tolerancia por parte de CONTRATOPHONE S.A. ante el incumplimiento de Doña Carmen. Si esta tolerancia se probara, el empresario no podría pasar a emprender directamente una acción de despido sin haberla sancionado previamente, debiendo ser declarado este como improcedente.¹⁹

- Voluntaria: el incumplimiento culpable en el caso que nos atañe ha de verse reflejado en la voluntad del trabajador, bien sea dolosa o negligente.

Este requisito de voluntariedad, si la bajada de rendimiento hace referencia al período de tiempo en el que la afectada se encontraba en situación de IT, no concurre, puesto que se trataría de una disminución producida por causa ajena a su voluntad.

¹⁷ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit. p. 81.

¹⁸ Art. 54.1 ET: "El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador."

¹⁹ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., pp. 20-21.

En definitiva, debido a la ambigüedad de la carta de despido sobre el ámbito temporal en el cual se detectó esta bajada de rendimiento no puede comprobarse la existencia de causa justificada.

Cabe recordar que, aunque el principio de inocencia no se extiende al ámbito laboral, tal y como declara la STC 153/2000 de 12 de junio [RTC 2000/153], pesa sobre CONTRATOPHONE S.A. la carga de la prueba. Por lo tanto, la empresa será la responsable de probar el efectivo incumplimiento por parte de Doña Carmen.

En consonancia con lo anterior, esta alusión a la valoración de la bajada de rendimiento en el trabajo debe poseer un elemento de comparabilidad que permita realizar una medición. La comparación puede realizarse en referencia al rendimiento contractualmente pactado, en relación al anterior rendimiento del trabajador o en relación al rendimiento de sus compañeros en el mismo intervalo de tiempo y en igualdad de condiciones.²⁰

Pues bien, en el caso que nos atañe CONTRATOPHONE S.A. justifica este descenso del rendimiento poniéndolo en comparación con el objetivo diario de ventas establecido por la empresa y con los objetivos alcanzados por otros compañeros. Sin embargo, es llamativo que la empresa cifre el número objetivo de ventas diarias (20 productos) y el número de ventas diarias medias realizadas por Doña Carmen (13.6 productos) pero no especifique el número medio de ventas diarias realizadas por sus compañeros en igualdad de condiciones, limitándose simplemente a afirmar que estos realizan un número de ventas superior a la afectada.

Al hilo del conjunto de inexactitudes y vaguedades existentes en la carta de despido recibida por Doña Carmen, en caso de que esta decida impugnarlo judicialmente, su calificación jurídica merece ser la de despido improcedente, puesto que cumple cualquiera de los dos requisitos establecidos en el art. 55.4 ET para que un despido sea considerado como tal: no se cumplen los requisitos de forma descritos en el art. 55.1 ET (notificación por escrito con descripción de los hechos que lo motivan y la fecha a partir de la cual tendrá efectos) y tampoco queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario.

El cumplimiento de los requisitos de forma es condición necesaria para examinar la procedencia o improcedencia por razones sustantivas, puesto que de no cumplirse estos, la causa que alega la empresa quedaría imprejuzgada, siendo declarado el despido como improcedente sin entrar en el fondo del asunto²¹. Sin embargo, a pesar de que en este caso los requisitos de forma no se cumplen, hemos procedido al análisis de las cuestiones sustantivas (existencia de causa justificada), al considerarse que el supuesto de Doña Carmen es merecedor del estudio de las causas que atañen a la decisión tomada por CONTRATOPHONE S.A de rescindir el contrato laboral de Doña Carmen.

Una vez expuestas las causas por las cuales la calificación jurídica de este despido debe ser la de improcedente (en primer lugar por incumplimiento de causas formales, y subsidiariamente por la falta de justificación de las causas alegadas por CONTRATOPHONE S.A), debemos plantearnos la posibilidad de que merezca otra calificación jurídica.

²⁰ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., MOLERO MANGLANO, C. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 719.

²¹ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016*, op. cit., p. 267.

d. Nulidad por discriminación

En vista de las vaguedades en la redacción de motivos argumentados por CONTRATOPHONE S.A en relación a la causa de despido, cabe pensar que la causa real fue la situación de IT por enfermedad en la que se encontraba Doña Carmen en el momento en que recibió la comunicación de despido (siendo la bajada de rendimiento una causa ficticia).

En el supuesto de que se pruebe la existencia de causa ficticia, debemos recordar que "una reiterada jurisprudencia del TS concluye que desde la LPL de 1990 ha desaparecido de nuestro derecho la figura del derecho nulo por causa ficticia" (STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014[AS/2014/2713]).

Se descarta también que por el mero hecho de despedir a Doña Carmen por encontrarse en situación de IT se constituya un acto dirigido a atacar su salud o recuperación, no suponiendo lesión del derecho del artículo 15 CE, ni del derecho a la dignidad del artículo 10 CE.²²

No obstante, ante la existencia de causa ficticia, la calificación jurídica podría ser la nulidad del despido por considerarse vulnerado el derecho fundamental recogido en el art. 14 CE²³ por discriminación por razón de enfermedad.

En relación con ello, conviene dilucidar si la causa de despido por razón de enfermedad puede subsumirse en la cláusula genérica del art. 14 CE ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social")

Debemos tener claro en primer lugar qué se entiende por discriminación. La STC de 26 de mayo de 2008 [RTC 2008/62] hace al respecto la siguiente afirmación:

"Lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes."

La sentencia continúa diciendo:

" (...) no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo (...) así ocurriría singularmente (...) cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato".

²² STSJ de Cataluña 1 de julio de 2014 [AS/2014/2713] recurso núm. 956/2014

²³ Art. 14 CE: " Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

En el caso de Doña Carmen, su enfermedad no se ha tomado en consideración como un elemento de segregación con independencia de la incidencia en la aptitud de la trabajadora para desarrollar el contenido de la prestación objeto del contrato, sino que la causa real del despido ha sido la repercusión que ha tenido su situación de IT en la productividad.

De esta forma no podría considerarse el despido de Doña Carmen por el mero hecho de encontrarse en situación de IT a causa de su enfermedad como un acto discriminatorio.

Según la jurisprudencia analizada, para los casos en los que el despido se produce teniendo como causa de real la situación de IT que presenta el afectado, se aclara que el término enfermedad no es equiparable a discapacidad.

Esta diferenciación es de vital importancia, puesto que la Directiva comunitaria 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 reconoce en su art. 1 la discapacidad como motivo de discriminación.

De este modo, si entendiésemos la enfermedad como sinónimo de discapacidad, sí podrían sustentarse los argumentos de nulidad por discriminación.

Pues bien, para el correcto análisis de la equiparación de ambos conceptos cumple hacer una pequeña mención a la evolución histórica que tuvo esta consideración.

Esta directiva, a pesar de establecer un marco legal de protección contra la discriminación por razón de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, no detalla qué debe entenderse por discapacidad, sin que figure definición alguna al respecto.

La STJUE de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas) [TJCE/2006/192] da respuesta a una cuestión prejudicial sobre la posible aplicación de la Directiva 2000/78/CE para el caso de una empleada que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por encontrarse enferma.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"43.- La finalidad de la Directiva 2000/78/CE es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de "discapacidad" se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.

44.- Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de "discapacidad", el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de "enfermedad". Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos."

No obstante, aunque no añade el requisito "de larga duración" en el concepto de discapacidad, hace la siguiente reflexión:

"45.-El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383) establece que «la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad». La importancia que el

legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración."

Esta sentencia concluye sobre la segunda cuestión prejudicial afirmando que una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no se incluye en el marco general establecido por la Directiva 2000/28/CE del Consejo, puesto que la enfermedad no debe considerarse un motivo que se añada a los demás en relación a los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación.

Tres años después de que se dictara la sentencia Chacón Navas, en el art. 1 de la Convención de la ONU, ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009 se dispone que son personas con discapacidad aquellas "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

De esta forma se precisa un poco más el concepto de discapacidad, siendo condición necesaria que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a las que alude sean de larga duración.

Para resaltar esta necesidad de que la dolencia, en el caso que nos atañe física, ha de ser durante un largo período de tiempo, conviene traer a colación la interpretación de "discapacidad" que realiza con motivo de dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Søg og Handelsretten la STJUE de 11 de abril de 2013 [TJCE/2013/122], C- acumulados 335/11 y 337/11. Haciendo una labor integradora del nuevo concepto de discapacidad que incluye la enfermedad a largo plazo, dispone la siguiente interpretación respecto al mismo:

"El concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración."

De esta forma, tal y como aclara en su apartado 42: "(...) una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383) . En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación."

Por lo tanto, sabiendo que la duración de la situación de IT por baja médica de Doña Carmen comprende únicamente un período de veinticuatro días, debemos descartar la inclusión de su enfermedad en el concepto de discapacidad. De este modo no sería de

aplicación para este caso lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE, como tampoco lo dispuesto en el art. 4.2.c) ET²⁴.

Por su parte, la STS de 27 de enero de 2009 [RJ/2009/1048] contiene un supuesto de hecho similar al de Doña Carmen, en el cual una persona es despedida bajo el pretexto de disminución en el rendimiento del trabajo, siendo la causa real las situaciones de IT que presentaba. La sentencia concluye afirmando que enfermedad y discapacidad no son equiparables a efectos de determinar si ha existido discriminación, por lo que el despido fue calificado como improcedente y no nulo. Entre sus razonamientos conviene traer a colación los siguientes:

"Manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación, debemos reiterar aquí que la enfermedad "en sentido genérico", "desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo", no puede ser considerada en principio como un motivo o "factor discriminatorio" en el ámbito del contrato de trabajo."

" (...) en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales"

Siguiendo la línea de no admitir que se ha producido una discriminación por causa de enfermedad, la ya anteriormente citada STS de 3 mayo de 2016 [RJ/2016/2152] afirma que los motivos que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en las relaciones laborales no están presentes en los trabajadores que tienen una enfermedad y dolencia simple. Mientras los objetivos del colectivo de discapacitados se centran en la integración laboral y social, los objetivos de los trabajadores aquejados de una enfermedad tienen su foco en intentar curarse de la mejor forma y en el menor tiempo posible.

Esta sentencia contiene un supuesto de hecho especialmente similar al de Doña Carmen, en donde una trabajadora que se encuentra en situación de incapacidad temporal a causa de una baja médica por "latigazo cervical" es despedida por una disminución en el rendimiento de su trabajo, siendo la causa real del mismo el hecho de que esta se encontrara en situación de IT. Consideramos de especial interés la transcripción del último párrafo de su fundamento de derecho tercero:

"Por lo tanto, no nos encontramos en el supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato sino, al contrario la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de IT

²⁴ Art. 4.2.e) ET: " En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate."

no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio."

La gran similitud del supuesto de hecho que está siendo analizado con el que contemplaba esta sentencia conduce al empleo de idéntico razonamiento para la resolución del caso de Doña Carmen. Como bien dice la sentencia, no fue la mera existencia de la enfermedad la causa del despido de la afectada, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio.

En conclusión, después de este análisis jurisprudencial debemos reafirmarnos en que la calificación jurídica del despido de Doña Carmen ha de ser el de improcedente por los defectos de forma detectados. Aún presuponiendo que los requisitos formales se cumpliesen, la calificación jurídica sería la misma, puesto que no se justifica suficientemente la causa del despido por parte de CONTRATOPHONE S.A. La nulidad del despido por discriminación quedaría descartada por todos los argumentos esgrimidos a través de las sentencias que acabamos de hacer referencia.

2. Motivos para emprender algún tipo de acción legal

En caso de disconformidad con la decisión adoptada por CONTRATOPHONE S.A., Doña Carmen tendría la posibilidad de emprender acciones legales contra la resolución del contrato laboral. Siguiendo lo dispuesto en el art. 59.3 ET, podrá impugnar judicialmente el despido durante el plazo improrrogable de veinte días hábiles contados desde la efectividad del despido por la modalidad procesal de despido disciplinario.

Debido a que en la carta de despido recibida por Doña Carmen el día 22 de mayo no se indica la fecha a partir de la cual es efectivo el despido, en caso de que se entendiera que el mismo tuvo efectos desde la recepción de la carta, los veinte días comenzarían a computarse desde el día siguiente, 23 de mayo.

Para la tramitación del proceso de despido el intento de conciliación es un requisito previo obligatorio. Se trata de un procedimiento extrajudicial institucional, cuya finalidad reside en el intento de llegar a un acuerdo entre las partes que evite dar inicio al proceso.

Para el cómputo de este plazo de veinte días hábiles de caducidad no habrá interrupción, pero sí suspensión. Al presentarse la papeleta de conciliación se suspende el plazo de caducidad hasta el día siguiente de intentada la conciliación o, en todo caso, pasados quince días hábiles.

No computarán como días hábiles sábados, domingos ni festivos.

La caducidad del ejercicio de esta acción se respalda en la necesidad de mantener la seguridad del tráfico jurídico, procediendo la extinción definitiva de los derechos y acciones del titular que no los haya ejercitado dentro del plazo legalmente establecido²⁵.

²⁵ STS de 25 de enero de 2007 [RJ/2007/993]

El ejercicio de esta acción judicial permitirá la calificación jurídica del despido así como la determinación de sus efectos.

Los motivos que tendría Doña Carmen para emprender acciones legales contra CONTRATOPHONE S.A. serían los ya comentados en detalle en el apartado anterior. Es decir, el incumplimiento de los requisitos formales exigidos y la falta de causa justificada. Cabe recordar que, aunque se han analizado ambos incumplimientos, el incumplimiento de los requisitos formales sería condición suficiente para declarar el despido como improcedente sin entrar en el análisis de las cuestiones sustantivas.

3. Derecho a exigir alguna indemnización

Considerando que la calificación jurídica de este despido sería la de improcedente, a tenor de lo dispuesto en el art. 56.1 ET, corresponderá al empresario optar entre la readmisión de Doña Carmen o el abono de una indemnización.

No cabe la posibilidad de que la afectada solicite indemnización por daños y perjuicios puesto que no se contempla la nulidad del despido al no sostenerse la vulneración de los derechos fundamentales por discriminación (art. 183 LJS).

El derecho de opción recogido en el art. 56.1 ET correspondería a Doña Carmen si esta fuese representante legal de los trabajadores o delegada sindical (art. 56.4 ET²⁶).

Debe tenerse en cuenta que el derecho de elección que posee CONTRATOPHONE S.A. entre la readmisión de Doña Carmen y el pago de una indemnización está sujeto al plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia. Dicho plazo comienza a computar sin esperar a la firmeza de la misma y es independiente de que se interponga o no recurso. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social (art. 110.3 LJS). Se descontarán para el cómputo de los cinco días los días inhábiles: sábados, domingos y festivos (incluidos los festivos locales de la sede del Juzgado de lo Social).

Pasado el referido plazo, si el empresario no ha manifestado su elección por ninguna de las opciones, se entenderá tácitamente elegida la readmisión de Doña Carmen (art. 56.3 ET).

Situándonos ahora en el presupuesto de que la opción finalmente elegida por el empresario es la del pago de la indemnización compensatoria por los daños y perjuicios causados, cabe advertir que esta tiene una finalidad sustitutiva de la readmisión del trabajador en su anterior puesto de trabajo con la reparación del daño causado. Sin embargo, este daño no debe ser probado ni debe corresponderse con el daño efectivamente producido a causa de la rescisión del contrato laboral, sino que es un daño que se presume y no debe ser probado, estando legalmente tasadas y predeterminadas las cantidades que deben ser abonadas. Así, siguiendo lo dispuesto por el art. 56.1 ET, la cuantía de la indemnización compensatoria "deberá ser la 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".

²⁶ Art. 56.4 ET: "Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este.."

Para el cálculo de la cuantía indemnizatoria computará el tiempo en el que Doña Carmen se encuentra en situación de incapacidad temporal a efectos de determinar su antigüedad en el puesto de trabajo.

La opción por la indemnización determina la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo²⁷.

4. Derecho a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo

Como veníamos adelantando en el apartado anterior, en el caso de Doña Carmen, al ser considerado su despido como improcedente, y no constar la afectada como representante de los trabajadores ni delegada sindical, no tendría derecho alguno a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo.

No obstante, CONTRATOPHONE S.A. podría ejercitar la opción de readmisión con el abono de los salarios de tramitación que correspondan.

En caso de que la empresa decidiese optar por su readmisión, debería comunicarle a la afectada la fecha de reincorporación al trabajo, que deberá ser en un plazo de al menos tres días desde la notificación del escrito. Esta comunicación debe realizarse por escrito en plazo de diez días desde la notificación de la sentencia.

La reincorporación de Doña Carmen debería producirse en las mismas condiciones a las existentes con anterioridad al despido. En este sentido, deberá abonarle a la afectada los salarios de tramitación, que son los salarios no percibidos desde la fecha de despido hasta que la sentencia es notificada o hasta que hubiere encontrado otro empleo en caso de que su nueva incorporación tenga lugar antes de que se dicte la sentencia. Corresponde al empresario probar lo percibido con el objeto de que se le descuente en el pago de los salarios de tramitación (art. 56.2 ET).

Además del abono de los salarios de tramitación, CONTRATOPHONE S.A. deberá cotizar a la Seguridad Social por el tiempo y salarios correspondientes a la tramitación mediante liquidación complementaria. El alta de Doña Carmen tendrá efectos desde la fecha de despido inicial²⁸.

No obstante, a tenor de lo dispuesto en el art. 56.5 ET, si la sentencia que declara la improcedencia del despido se dicta en un plazo superior a noventa días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda, CONTRATOPHONE S.A. podrá reclamar al Estado las cantidades en concepto de salarios de tramitación que se correspondan con los días que excedan de este plazo.

Teniendo en cuenta que en el momento del despido Doña Carmen se encontraba en situación de IT, es importante destacar que si la trabajadora está percibiendo el subsidio por esta contingencia no tendrá derecho a los salarios de tramitación²⁹, sino que debe percibir la prestación correspondiente de la Seguridad Social. Ello es así puesto que

²⁷ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016*, op. cit., p. 276.

²⁸ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016*, op.cit., p. 304.

²⁹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., MOLERO MANGLANO, C. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit., p 613.

supone una acumulación prohibida de acciones solicitar los salarios de tramitación con la prestación complementaria a cargo de la empresa por IT³⁰.

Como ya adelantábamos anteriormente, si el despido es declarado improcedente por incumplimiento de requisitos de forma, en caso de que CONTRATOPHONE S.A. opte por la readmisión de la afectada, podrá despedirla nuevamente con alegación de las mismas causas en el plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Este acto surtiría efectos desde su fecha sin suponer una subsanación del primer acto extintivo (art. 110.4 LJS).

³⁰ STS de 18 septiembre de 2006 [RJ/2006/8742].

II. Caso Don Agustín

1. Calificación jurídica de la decisión de la empresa

En el supuesto de Don Agustín, este ha recibido igualmente a fecha de 22 de mayo de 2017 una carta en la que se le comunica la rescisión de su contrato laboral. La argumentación de esta carta recae en el cómputo de veintiuna faltas de asistencia sobre las ochenta jornadas que debería haber trabajado entre los meses de octubre y noviembre de 2016 y los meses de marzo y abril de 2017.

Se trata de un despido por causas objetivas recogido en el art. 52.d) ET, el cual nos dice que podrá extinguirse el contrato de trabajo por faltas de asistencia, aún siendo estas justificadas pero intermitentes, siempre que superen alternativamente cualquiera de los dos siguientes límites:

- El veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles.
- El veinticinco por ciento de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos, dentro de un período de doce meses.

Este despido por causas objetivas se diferencia fundamentalmente del despido disciplinario que analizábamos en el caso anterior en la ausencia de voluntariedad por parte del trabajador. Es decir, en este caso no hay ningún tipo de incumplimiento o falta por parte de Don Agustín. Sin embargo, CONTRATOPHONE S.A. considera que sus ausencias, aún siendo justificadas, provocan un coste para la empresa superior al beneficio que le reporta mantenerlo como empleado (bien sea por el mantenimiento del puesto de trabajo, el pago parcial de las prestaciones de Seguridad Social etc). De este modo, el empresario puede extinguir la relación laboral con sus empleados mediante despido objetivo siempre y cuando se cumplan las circunstancias legalmente tasadas en el art. 52 ET.

Debe tenerse en cuenta además que el despido por causas objetivas es una extinción indemnizada. Esta indemnización no responde a la tasación del daño producido en cada caso concreto con el despido, ni se analiza si efectivamente se ha producido dicho daño, sino que se da por supuesto que la extinción de la relación laboral es una situación gravosa para el trabajador, y por consiguiente la ley fija la cuantía indemnizatoria en función de los años de servicio realizados.

Resta añadir sobre esta modalidad de despido que es una decisión unilateral por parte del empresario dirigida a un empleado en particular.

Para el correcto análisis del mismo es importante apuntar además que no entrarán dentro del cómputo de faltas de asistencia a los efectos de proceder al despido por causas objetivas las siguientes situaciones (art.52.d) ET):

- Ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma.
- El ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores.

- Accidente de trabajo.
- En relación con el embarazo: ausencias por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia y paternidad.
- Licencias y vacaciones.
- Enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración superior a veinte días consecutivos.
- Ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.
- Ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

De esta forma apreciamos como, aunque la intención inicial del artículo es la de evitar el absentismo laboral en general, una vez expuesta esta lista de exclusiones tan extensa podemos concluir que va dirigida principalmente a las ausencias por enfermedad de corta duración y a las que se amparan en una decisión acordada sin control sanitario oficial.

Para proceder a la correcta calificación jurídica del despido, antes de entrar en el análisis de razones sustantivas conviene analizar el cumplimiento de los requisitos de forma establecidos para los despidos por causas objetivas.

a. Requisitos formales

Siguiendo lo dispuesto en el art. 53.1 ET, la extinción del contrato laboral por causas objetivas debe ser comunicada al trabajador por escrito constando las causas que lo motivan. Simultáneamente, debe ponerse a disposición del trabajador una indemnización de forma efectiva e incondicionada en la cuantía legalmente establecida, que se determinará con el cómputo 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. Además, el empleador tiene la obligación de concederle al trabajador un plazo de preaviso por un mínimo de quince días, que se computará desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato laboral.

A tenor de lo establecido por el art. 53.4.c) ET, el incumplimiento de los tres primeros requisitos (comunicación escrita, descripción de las causas y efectiva puesta a disposición de la indemnización legalmente establecida) determinarán la calificación del despido como improcedente. Sin embargo, el incumplimiento del cuarto requisito (concesión del plazo de preaviso por un mínimo de quince días), así como el error inexcusable en el cálculo de la indemnización, no implicarán la improcedencia del despido. No obstante, el empleador (en este caso CONTRATOPHONE S.A.) deberá abonar una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido o en su caso el pago de la indemnización en la cuantía correcta.

En el supuesto de Don Agustín consta que ha recibido una carta en la que se le comunica el despido al no haber acudido a su trabajo en veintidós días sobre las ochenta 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. El desglose de sus ausencias es el siguiente:

- Octubre 2016:

- Tres días durante la primera semana: fuerte dolor en la zona cervical
- Dos días durante la tercera semana: gastroenteritis

- Noviembre 2016:

- Seis días: proceso de incapacidad temporal por bronquitis

- Marzo 2017:

- Cuatro días: reacción alérgica

- Abril 2017:

- Cuatro días: fuertes dolores de cabeza y vómitos
- Dos días: estancia en el hospital por recibir un tratamiento de cáncer

Atendiendo a los requisitos formales descritos anteriormente el despido de Don Agustín merecería la calificación jurídica de improcedente puesto que, por una parte, no consta la simultánea puesta a disposición de la correspondiente indemnización, y por otra, la comunicación del despido no contiene una relación precisa, día por día, de las inasistencias del trabajador³¹. Es decir, en el desglose que se facilita a Don Agustín no se especifica qué días concretos se producen dichas ausencias, produciendo esta falta de concreción una situación de indefensión en el trabajador que dificultaría la correcta preparación de su defensa en caso de impugnar judicialmente el despido.

Además, por razones de seguridad jurídica en la carta de despido debería constar la fecha a partir de la cual se produce la extinción de la relación laboral. Sin embargo, al igual que sucedía en el caso de Doña Carmen, en la comunicación no figura esta fecha, por lo que tampoco puede presuponerse cumplido el requisito del plazo de preaviso de quince días. En consecuencia, CONTRATOPHONE S.A. se vería obligado al pago de la indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

Como veníamos diciendo, al no cumplirse los requisitos formales establecidos por el art. 53.1 ET, el despido debería ser calificado jurídicamente como improcedente, sin que quepa entrar al análisis de las razones sustanciales. Sin embargo, al igual que sucedía en el caso de Doña Carmen, pasaremos a analizar si quedó debidamente acreditada la concurrencia de la causa en la que se fundamentó la extinción del contrato laboral, pues consideramos que su estudio es de interés para el completo análisis del caso.

b. Concurrencia de causa justificada

Las ausencias anteriormente desglosadas están todas justificadas y suman un total de veintiuna faltas de asistencia.

³¹ STSJ Las Palmas 29 de mayo de 2012 [JUR/2012/299274]

De este conjunto de faltas de asistencia (producidas durante cuatro meses discontinuos), la empresa CONTRATOPHONE S.A. entiende cumplido el segundo de los límites que es necesario alcanzar para realizar el despido (25% de jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses) al suponer el cómputo total de estas faltas un 26'25% de las jornadas hábiles totales.

Sin embargo, las faltas de asistencia de los dos últimos días del mes de abril no pueden computarse a estos efectos, puesto que son debidas a un tratamiento médico de cáncer, siendo esta una de las excepciones contempladas por el art 52.d) ET³².

De este modo, el número de faltas de asistencia computables quedaría reducido a diecinueve. Esta nueva cifra no cumpliría el requisito descrito anteriormente, puesto que alcanza únicamente el 23'75% de las jornadas hábiles totales (cifra que resulta inferior al 25% de jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses requerida).

Sin embargo, cabe plantearse que cumpla los requisitos del otro límite que establece el art. 52.d) ET, es decir, el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, cumpliéndose el 5% de faltas en las jornadas hábiles de los últimos doce meses.

Si se suman los días de faltas de asistencia de los meses de marzo y abril (siendo estas un total de ocho días) se obtiene que suponen un 20% de los días hábiles de estos dos meses. Para el cálculo del 5% de faltas en las jornadas hábiles de los últimos doce meses sólo constan las faltas de los meses de octubre y noviembre de 2016, que suman un total de once jornadas laborales y suponen el 4'58% en el cómputo total de las jornadas hábiles de los últimos doce meses.

De esta forma, aunque sí se cumpliría el requisito del 20% de jornadas hábiles en los dos meses consecutivos, no se cumple el porcentaje del 5% necesario de los doce meses anteriores.

Conviene aclarar que para el cálculo de estas cifras hemos presupuesto que cada mes tiene un total de veinte jornadas laborales hábiles (por lo tanto el número de jornadas laborales de los últimos 12 meses sería de doscientos cuarenta). Si bien es cierto que los períodos mensuales deben computarse de fecha a fecha y no por meses naturales³³, la carta recibida por Don Agustín hace el cómputo de mes a mes estableciendo un total de ochenta jornadas laborales para los cuatro meses, por lo que hemos dividido esta cifra entre los cuatro meses (suponiendo que todos tienen el mismo número de jornadas hábiles) y sin tener en cuenta los días festivos para el cómputo.

Tal y como declara la STS 7 de mayo de 2015 [RJ/2015/2238], la razón por la cual el cómputo de estos meses debe realizarse de fecha a fecha y no de mes a mes es la de evitar que determinados días de faltas de asistencia al trabajo queden fuera el cómputo cuando estos se producen en los días finales de un mes y primeros del siguiente, en cuyo caso estos últimos no computarían. Sin embargo, viendo que la voluntad de CONTRATOPHONE S.A. es la del cómputo mes a mes, y que no poseemos datos adicionales para realizar el recuento de días de fecha a fecha, pasaremos por alto esta circunstancia para poder continuar con el análisis del caso.

³² Art. 52.d) ET: "(...) tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave."

³³ STS de 7 de mayo de 2015 [RJ/2015/2238]

Como ya adelantábamos, al no tener datos adicionales sobre qué días se entiende que computan como jornada laboral hábil para Don Agustín, hemos simplificado la jornada laboral mensual a veinte días cada mes. Según las suposiciones realizadas, las ausencias de Don Agustín no cumplirían ninguno de los límites establecidos. No obstante, debemos tener presente que con la información del supuesto de hecho sólo se puede afirmar que no se alcanza el segundo límite de ausencias (25% de los cuatro meses discontinuos dentro del período de doce meses), pero no cabe hacer afirmación alguna sobre el segundo límite establecido en el art.52.d) ET al no disponer de información sobre los días hábiles de trabajo de Don Agustín.

De este modo, bajo la hipótesis de que se hubiese dado cumplimiento a todos los requisitos formales, no podríamos confirmar la calificación jurídica del despido respecto a sus razones sustantivas.

Con referencia a la calificación jurídica que merece el despido de Don Agustín cabe apuntar una posibilidad interpretativa adicional:

Si bien es cierto que nos hemos centrado en el fondo de la causa del despido dando por supuesto que esta era el elevado número de faltas de asistencia de Don Agustín al trabajo, el hecho de que los dos últimos días se ausentara por recibir un tratamiento de cáncer, hace pensar que la causa real del despido no hayan sido las ausencias intermitentes de Don Agustín sino el padecimiento de esta enfermedad.

Tal y como se desprende del caso, este cáncer le había sido diagnosticado apenas unos días antes. Sin embargo, gran parte de sus ausencias anteriores pudieron ser provocadas realmente por los síntomas que ya presentaba a causa de padecer cáncer, aunque aún no le había sido detectado (véase por ejemplo la anterior ausencia del mes de abril debida a fuertes dolores de cabeza y vómitos).

De ser esta la causa real del despido debemos plantearnos que su calificación jurídica (dejando de lado el incumplimiento de los requisitos formales) sea la de despido nulo por discriminación por causa de enfermedad, vulnerándose el derecho fundamental que recoge el art. 14 CE.

De este modo, aunque ni el derecho nacional ni el de la Unión Europea contemplan la "enfermedad en sí misma" como causa de discriminación tal y como se ha confirmado ya en el caso de Doña Carmen, volvería a ser objeto de debate su asimilación a la discapacidad, la cual está reconocida como causa de discriminación por la Directiva 2000/78/CE.

Remitiéndonos nuevamente a la jurisprudencia ya alegada en el caso de Doña Carmen (STJUE de 11 de abril de 2013 [STJCE/2013/122], C- acumulados 335/11 y 337/11), conviene recordar que esta sentencia añade, bajo determinadas circunstancias, la posibilidad de que algunas enfermedades puedan subsumirse dentro del concepto de discapacidad recogido en la mencionada Directiva. Concretamente hace la siguiente precisión: "si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78/CE".

De este modo, podría quedar abierto el debate sobre la posible nulidad del despido por causa de discriminación ya que, la enfermedad del cáncer, dependiendo de los casos, puede suponer que la vida laboral se obstaculice durante un largo período de tiempo.

No podría hablarse en este caso sobre el despido por razón de enfermedad entendiéndolo como las consecuencias que esta dolencia produjo en la productividad y rendimiento del trabajador, ya que Don Agustín sólo se ausentó 2 días debido a ella. No obstante, cabría pensar que pudo realizarse esta extinción del contrato laboral de cara a prevenir posibles costes futuros (por bajada del rendimiento, aumento de las ausencias etc) derivados de las consecuencias que entraña padecer una enfermedad de cáncer.

2. Motivos para emprender algún tipo de acción legal

En el caso de que Don Agustín esté en desacuerdo con la decisión adoptada por CONTRATOPHONE S.A. de rescindir su contrato laboral, este podrá emprender acciones legales impugnando judicialmente la decisión tomada por la empresa según lo dispuesto en las normas de despido ya comentadas en el caso de Doña Carmen.

Para evitar repeticiones nos limitaremos a comentar principalmente las especialidades que tiene el proceso por tratarse de un despido por causas objetivas.

El plazo para impugnar el despido es igualmente de 20 días hábiles improrrogables para los que no computarán los sábados, domingos y festivos en la sede del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, como en este caso existe la obligación de concederle a Don Agustín un plazo de preaviso de quince días, aunque en la carta de despido recibida no conste la concesión de este plazo, de darse por concedido, el trabajador podría emprender acciones legales desde la concesión del mismo. No obstante, el plazo de caducidad de veinte días no comenzaría a computar hasta la efectiva extinción del contrato laboral (art. 121.1 LJS).

Al igual que sucedía en el caso del despido disciplinario de Doña Carmen, el afectado debe cumplir el trámite preprocesal de conciliación previa antes de presentar la demanda de despido.

El ejercicio de esta acción judicial por Don Agustín permitirá la calificación jurídica del despido como procedente, nulo o improcedente así como la determinación de los efectos aparejados a la misma.

La razón que podría alegar el trabajador en la interposición de la demanda de despido sería el incumplimiento de los requisitos formales (ausencia de indemnización, falta de detalle en la causa del despido, ausencia de fecha de efectiva extinción de la relación laboral y ausencia del plazo de preaviso) ya analizados. Este incumplimiento sería razón suficiente para declarar el despido como improcedente sin entrar en el análisis de las cuestiones sustantivas. De darse por cumplidos los requisitos formales, no podría confirmarse el cumplimiento de la causa justificada (ya que no disponemos de la información suficiente sobre los días hábiles). Además se abre la posibilidad de interpretar el despido como nulo por discriminación, identificando la enfermedad de cáncer como discapacidad.

3. Derecho a exigir alguna indemnización

Don Agustín tendrá derecho a exigir el pago de la indemnización legal que no ha sido puesta a su disposición de manera simultánea a la comunicación de su despido. Dicha indemnización será la correspondiente a "veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades" (art. 53.1.b) ET).

En caso de que el despido fuere calificado como procedente, Don Agustín podría exigir tanto el pago de esta indemnización legal como el pago de la indemnización sustitutoria por falta de preaviso (art. 53.4.c) ET y art. 123.1 LJS).

Suponiendo que el despido recibiese la calificación jurídica de improcedente, lo que en atención a las circunstancias analizadas sería más ajustado a derecho, aplicaríamos lo dispuesto en el caso de Doña Carmen para el despido disciplinario (art. 123.2 LJS). Es decir, el empresario mantiene la opción entre la readmisión del trabajador (con la fijación de los salarios de tramitación) o el pago de indemnización.

Si el empresario optara por la readmisión de Don Agustín, este decaería en su derecho de exigir el pago de la indemnización legal contemplada en el art. 53.1.b) ET, manteniendo su derecho de exigir el pago de la indemnización sustitutoria por falta de preaviso así como la cantidad que se determine por los salarios de tramitación (art 123.2 LJS³⁴).

Si el empresario optara por la indemnización, Don Agustín tendría derecho a exigir la indemnización por despido improcedente en su integridad, puesto que al no constar que haya recibido indemnización alguna de forma simultánea a la comunicación escrita, no será objeto de deducción ninguna cantidad.

La indemnización por despido improcedente será según el art. 56 ET la 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.

Además, entendiendo que no se ha realizado la extinción del contrato con un plazo de preaviso de quince días, tendría derecho a reclamar la indemnización sustitutoria por falta de preaviso.

Como último supuesto, de considerarse el despido como nulo, Don Agustín podrá exigir únicamente la indemnización correspondiente por la ausencia del preaviso. Procederá también en su caso el abono de los salarios de tramitación, sin que de estos puedan deducirse los correspondientes al periodo de preaviso (art. 123.2 LJS).

4. Derecho a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo

Para analizar el derecho a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo que podría ostentar Don Agustín nos situaremos desde la óptica de las tres posibles calificaciones jurídicas que merece su despido (sin perder de vista que, según la información

³⁴ Art. 123.2 LJS: "Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso".

analizada, la calificación jurídica más correcta que merecería este despido sería la de improcedente):

Si el despido es calificado como procedente, dicha declaración implica que se considere extinguido el contrato de trabajo sin que exista posibilidad alguna por parte del trabajador de exigir su reincorporación (art 123.1 LJS).

Por otra parte, si el despido es calificado como improcedente (tal y como consideramos que es el caso), será al empresario a quien le corresponda el derecho de elegir entre la readmisión de Don Agustín o el pago de la correspondiente indemnización. No obstante, cabe precisar que, si este empleado fuese representante legal de los trabajadores o delegado sindical sí tendría el derecho a exigir su reincorporación o bien optar por recibir la indemnización (art. 56.4 ET).

Por último, si el despido fuese considerado nulo, la reincorporación a su puesto de trabajo sería obligatoria con efecto inmediato y abono correspondiente de los salarios de tramitación³⁵. De este modo no cabría hablar tanto de un derecho a exigir esa reincorporación como del hecho de que la readmisión, sea exigida o no por el trabajador, deberá ser efectiva de forma inmediata una vez declarada la nulidad del despido.

³⁵ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016*, op. cit., p. 574

III. Caso Don Sergio

En el caso de Don Sergio estaríamos ante una rescisión de su contrato laboral comunicada a fecha 23 de mayo de 2017. La causa de esta decisión sería el absentismo laboral en el 54% de los días de trabajo en los meses de febrero y marzo debido a recurrentes dolores de cabeza.

Este afectado es Secretario de Organización del sindicato CGT desde el 19 de junio de 2015 y tiene reconocida una incapacidad permanente total con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE S.A.

El día 15 de mayo la empresa notifica al comité de empresa la intención de rescindir su contrato laboral y dos días después Don Sergio entra a formar parte de una sección sindical.

1. Calificación jurídica de la decisión de la empresa

Antes de entrar en el análisis de la calificación jurídica que merece la decisión adoptada por la empresa es preciso examinar si estamos ante un despido por causas objetivas o ante un despido disciplinario.

Si bien es cierto que se cita que las ausencias son debidas a recurrentes dolores de cabeza, no cabe deducir del supuesto de hecho que dichas faltas han sido debidamente justificadas.

De este modo nos encontramos con dos posibilidades: por una parte, considerando que estas faltas no han sido justificadas, estaríamos en el caso de un despido disciplinario, y por otra, si suponemos que dichas faltas han sido debidamente justificadas, estaríamos ante un despido por causas objetivas.

El hecho de que la empresa haya notificado al comité de empresa la decisión de rescindir el contrato laboral de este trabajador podría llevar a pensar que se trata de un despido disciplinario, pues sólo en este caso la empresa estaría obligada a comunicar su decisión al comité³⁶. No obstante, pudo haber realizado esta comunicación a pesar de no estar obligada a ello tratándose de un despido por causas objetivas, por lo que no sería razón suficiente para determinar el despido como disciplinario.

Por otro lado, el hecho de que el supuesto práctico hable de "rescisión" y no de "despido" podría llevar a pensar que se trata de una extinción del contrato laboral por causas objetivas.

Al no estar claro qué clase de despido es el sufrido por Don Sergio, para la resolución del caso presupondremos que las faltas de asistencia no están justificadas, tratándose entonces de un despido disciplinario. No obstante, debemos señalar que tanto para el caso de considerarse un despido disciplinario como una extinción de la relación laboral por causas objetivas, la calificación jurídica sería la de improcedente por no dar cumplimiento a los requisitos formales.

³⁶ Art.64.4.c) ET: " El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves."

Presuponiendo que estas faltas no han sido justificadas debemos acudir al art. 54.2.a) ET, según el cual las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo se considerarán incumplimientos contractuales.

Antes de entrar en el análisis de la justificación de la causa alegada en la notificación de despido, procederemos a analizar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en los despidos disciplinarios, puesto que de no cumplirse estos, el despido sería calificado como improcedente sin necesidad de entrar en el fondo del asunto.

a. Requisitos formales

El art. 55.1 ET establece como requisitos formales necesarios la notificación por escrito al trabajador, en donde deberán figurar los hechos que lo motivan y la fecha en la que el despido tendrá efectos. El incumplimiento de cualquiera de estos tres requisitos determinará la improcedencia del despido (art. 55.4 ET).

El mismo art. 55.1 ET así como el art. 68.a) ET disponen que, para el caso de que el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, deberá abrirse expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que pertenezca, si los hubiese.

Por otra parte, si la empresa o centro de trabajo contara con más de doscientos cincuenta trabajadores y al empresario le constase que el trabajador estaba afiliado a un sindicato con la representatividad suficiente para tener designado a un delegado sindical, este deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato (art. 55.1 *in fine* ET en conexión con el art. 10.3 LOLS).

Además, al tratarse de una falta muy grave, el art. 64.4.c) ET dispone que se deberá informar al comité de empresa sobre este hecho, si bien el incumplimiento no deriva en improcedencia sino que únicamente recibirá una sanción administrativa que podrá ser corregida en el ámbito administrativo.

- Notificación por escrito al trabajador: el supuesto de hecho recoge que a Don Sergio se le comunica la rescisión de su contrato, pero en ningún lugar figura que dicha comunicación se haya realizado fehacientemente por escrito, por lo que no podemos afirmar que este requisito de forma esencial se haya cumplido.

- Hechos que motivan el despido: No se exige una redacción pormenorizada de los hechos constitutivos de la causa del despido ni tampoco que se incluya la tipificación jurídica de la falta cometida. No obstante, con la finalidad evitar que el trabajador se encuentre en situación de indefensión y que este pueda preparar correctamente su defensa en caso de decidir impugnar judicialmente el despido sin que se produzca la violación del derecho de igualdad de partes, debe trasladarse al trabajador un conocimiento de los hechos claro, inequívoco y suficiente³⁷.

En el caso que nos atañe, Don Sergio únicamente es informado de que el absentismo laboral al que se refiere la comunicación se produce en el 54% de los días de trabajo en

³⁷ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*. op.cit., p. 95.

los meses de febrero y marzo debido a recurrentes dolores de cabeza. Esta información resulta claramente insuficiente para el afectado, puesto que no tiene información alguna sobre los días exactos en los que se concreta este porcentaje de ausencias laborales, así como tampoco se le transmite si todas, alguna o ninguna de dichas faltas han sido debidamente justificadas. Por lo tanto, este requisito de forma se entendería también incumplido por CONTRATOPHONE S.A.

- Fecha de efectos del despido: tal y como ya se apuntaba en el caso de Doña Carmen, en la comunicación del despido debe señalarse la fecha a partir de la cual la extinción de la relación laboral se hace efectiva, pudiendo ser esta desde el propio día de la recepción de la comunicación o con posterioridad, pero nunca en una fecha anterior. Es de vital importancia para Don Sergio tener conocimiento sobre esta fecha puesto que, en caso de querer impugnar el acuerdo adoptado por CONTRATOPHONE S.A., el plazo de caducidad comenzará a computarse desde la fecha de extinción del contrato laboral.

Pues bien, en el caso de Don Sergio no consta que en la comunicación de rescisión de su contrato se haya informado al trabajador de la fecha a partir de la cual el despido sería efectivo, por lo que no puede entenderse cumplido este requisito de forma.

- Apertura de expediente contradictorio: será obligatorio sólo para el caso de que el trabajador fuere representante legal de los trabajadores o delegado sindical.

Para determinar si Don Sergio encaja en alguna de estas dos figuras debemos recordar el significado de cada una de ellas.

Para ser considerado representante legal de los trabajadores es preciso formar parte del comité de empresa, por ser este el "órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses" (art. 63.1 ET) si la empresa está formada por más de cincuenta trabajadores, o bien, cuando la empresa tenga menos de cincuenta trabajadores y más de diez deberá ser delegado de personal (art. 62.2 ET³⁸).

En el caso de CONTRATOPHONE S.A. sabemos que cuenta con un equipo de trabajo compuesto por veinte personas, pero no hay constancia del número total de empleados con el que cuenta en plantilla. Sin embargo, el supuesto de hecho nos dice que la empresa cuenta con un comité de empresa al que le fue notificada la intención de rescindir el contrato de Don Sergio. De esta información se deduce por lo tanto que CONTRATOPHONE S.A. cuenta con más de cincuenta empleados, pues tal y como adelantábamos, es un requisito necesario para que exista este órgano colegiado de representación.

Siguiendo el art. 10 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical³⁹, para ser considerado delegado sindical se deberá ser elegido por y entre los afiliados a los sindicatos con presencia en el comité de empresa y siempre que dicha empresa ocupe a más de doscientos cincuenta trabajadores.

³⁸ Art. 62.1 ET: "La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran estos por mayoría (...)."

³⁹ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985. En adelante, LOLS.

Pues bien, en el caso descrito no consta que el trabajador haya sido nombrado como delegado sindical, ni que forme parte del comité de empresa, por lo que el requisito de apertura de expediente contradictorio no sería de obligado cumplimiento.

- Audiencia previa a los delegados sindicales de la sección correspondiente a dicho sindicato: deberá darse cumplimiento a este requisito formal para el caso en el que la empresa tuviese una plantilla superior a doscientos cincuenta trabajadores⁴⁰ y el trabajador estuviera afiliado a un sindicato con la suficiente representatividad para tener un delegado sindical y al empresario le constase esta circunstancia.

En el caso de Don Sergio, únicamente sabemos con certeza que está afiliado al sindicato CGT en el que además tiene la posición de Secretario de Organización y forma parte de una sección sindical. No consta que CONTRATOPHONE S.A. disponga de una plantilla superior a doscientos cincuenta empleados, así como tampoco hay constancia de que el sindicato CGT tenga algún delegado sindical. De este modo, no disponemos de datos suficientes para afirmar que el trámite formal de audiencia previa deba ser cumplido.

- Notificación al comité de empresa: como se veníamos señalando anteriormente, aunque no se trata de un requisito de forma imprescindible, el ET sí hace referencia a este deber de informar periódicamente al comité de empresa (formado por los representantes legales de los trabajadores) sobre la comisión de faltas muy graves por los trabajadores, entre las que se encontraría el despido disciplinario.

En la redacción de las circunstancias del despido de Don Sergio consta que a fecha 15 de mayo la empresa notificó al comité de empresa su intención de rescindir el contrato del trabajador. Por lo tanto, en el presente caso sí se ha cumplido este requisito de notificación al comité de empresa.

Una vez analizados cada uno de los requisitos de forma debe determinarse la improcedencia del despido al no cumplirse ninguno de los tres requisitos formales esenciales.

Sin embargo, al igual que en los supuestos de Doña Carmen y Don Agustín, procederemos al análisis del cumplimiento de la causa justificada, puesto que se considera de interés para realizar un estudio completo del caso.

b. Concurrencia de causa justificada

Las causas justificadas que suponen el cumplimiento del requisito necesario para llevar a cabo un despido disciplinario implican de forma genérica un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador (art. 54.1 ET⁴¹)

En el caso que nos atañe, en donde la causa reflejada son las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo, el elemento de la gravedad se refleja la reiteración

⁴⁰ STS de 3 de noviembre de 2008, [RJ/2008/6091]

⁴¹ Art. 54.1 ET: "El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador".

de las faltas de asistencia, mientras que el elemento de la culpabilidad reside en que las mismas sean de carácter injustificado⁴².

Quedan excluidas por lo tanto las faltas que hayan sido debidamente justificadas con suficiente cobertura legal y habiendo seguido los trámites de comunicación preceptivos.⁴³

El elemento cuantitativo de estas faltas es primordial para considerar justificada la procedencia del despido, puesto que de tratarse de faltas aisladas y no reiteradas, estas no tendrán la entidad suficiente para que por ellas se proceda a la rescisión del contrato laboral⁴⁴. El problema derivaría ahora en determinar qué número de faltas de asistencia injustificadas tiene la consideración suficiente para considerarse como falta muy grave. En ausencia de fijación de límite alguno en el ET, deberá acudirse al convenio colectivo en donde deberá figurar su tipificación.

En el caso que nos concierne no consta el puesto laboral que ocupan en la empresa estos trabajadores, indicándose únicamente que forman parte de un equipo de trabajo cuyo objetivo es realizar la venta de unos servicios de telefonía a unos clientes con unas necesidades concretas en la campaña "Primavera Fantástica". Si presuponemos que esta venta se realiza mediante llamadas telefónicas, tal y como se comentó en el caso de Doña Carmen, se aplicaría el convenio colectivo contact center.

En el art. 67.3 del citado convenio figura como falta muy grave tres o más faltas injustificadas al trabajo en el período de un mes, y más de seis días en el período de seis meses, pudiendo tener como sanción el despido (art. 68.3.c) convenio colectivo contact center).

La prescripción de estas faltas está estipulada en sesenta días y en todo caso a los seis meses, iniciándose el cómputo desde que la empresa tuvo conocimiento de los hechos (art. 60.2 ET).

En caso de que el convenio colectivo aplicable sea otro, en el cual no figure el número de faltas injustificadas al trabajo que constituyen infracción laboral muy grave, deberá suponerse que serían tres faltas injustificadas en el período de un mes cuando no fija dos días de ausencia durante un mes o de cuatro en el de dos meses⁴⁵.

Por lo tanto, las ausencias en el 54% de los días de los meses de febrero y marzo cumplirían cualquiera de los dos límites para ser consideradas como faltas muy graves. No obstante, teniendo en cuenta que la comunicación de la rescisión del contrato laboral se produjo el 23 de mayo, cabe plantearse si en estas fechas las ausencias no justificadas habían ya prescrito por haber sobrepasado el plazo de sesenta días (art. 60.2 ET). Al no disponer de información sobre el último día del mes de marzo en el que se produjo una ausencia por parte de Don Sergio, no podemos concluir si las faltas a las que hace referencia el supuesto de hecho habían prescrito.

⁴² CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*. op. cit., p. 395.

⁴³ STS de 5 de julio de 1990, [RJ/1990/6058]

⁴⁴ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 28.

⁴⁵ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 29.

Bajo el supuesto de haberse cumplido los requisitos formales y no haber actuado la prescripción, la calificación jurídica de este despido sería la de procedente, pues se cumple la presencia de incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador.

Por el contrario, si suponemos que estas faltas a pesar de tener la consideración de incumplimiento grave y culpable ya habían prescrito, el despido deberá calificarse como improcedente.

c. Nulidad por discriminación

Por otra parte, cabría plantearse que el despido sea calificado como nulo por causa de discriminación por discapacidad, al constar que Don Sergio tiene reconocida una incapacidad permanente total. De este modo, puede plantearse que la causa real del despido sea su discapacidad, siendo el porcentaje de faltas de asistencia indicadas una causa ficticia.

Para analizar si cabe alegar discriminación por discapacidad debemos tener presente por un lado que el reconocimiento de la discapacidad total del Don Sergio tuvo lugar con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE S.A. y por otro, que las ausencias a las cuales se remite la comunicación de despido son debidas a recurrentes dolores de cabeza, sin que estos tengan aparentemente relación alguna con su situación de discapacidad.

Debemos remitirnos a la STS de 25 de noviembre 2014 [RJ/2015/27], en donde encontramos un caso similar al de Don Sergio. En este, un trabajador con discapacidad reconocida desde antes de acceder al puesto de trabajo es despedido por absentismo laboral. En los fundamentos de derecho de la sentencia se rechaza la nulidad del despido por discriminación a causa de discapacidad por dos razones principales: por una parte, el hecho de que el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total antes de ser contratado por la empresa, y por otra, la ausencia de pruebas de que las ausencias se deban a la enfermedad causante de la discapacidad.

Asimismo, de la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2013 [AS/2013/2369] se extrae idéntico razonamiento en su fundamento de derecho octavo y noveno.

De este modo, siguiendo los razonamientos llevados a cabo por reiterada jurisprudencia, no cabría aplicar en el presente caso la calificación de nulidad por discriminación por razón de discapacidad. Este derecho está recogido en el art. 4.2.c) ET, en el art. 14 CE así como en la Directiva 2000/78/CE sobre la lucha contra la discriminación, en cuyo objeto se incluye la discriminación por discapacidad (art. 1), puesto que no consta que Don Sergio haya sido tratado de manera menos favorable que otra persona en situación análoga por motivo de su situación de discapacidad (art. 2.2.a) Directiva 2000/78/CE).

d. Nulidad por vulneración del derecho de libertad sindical

Otra posible razón para la calificación jurídica del despido como nulo por parte de Don Sergio sería la vulneración del derecho de libertad sindical recogido en el art. 28.1 CE⁴⁶,

⁴⁶ Art. 28.1 CE: "Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina

así como en el art. 4.1.b) ET. Don Sergio podría argumentar que la causa real de la comunicación de su despido el 23 de mayo de 2017 fue su incorporación en una sección sindical de CGT seis días antes, viéndose vulnerado de esta forma su derecho de libertad sindical. Sin embargo, debe tenerse presente que dos días antes de que el trabajador entrara a formar parte de la sección sindical, CONTRATOPHONE S.A. ya había notificado al comité de empresa su intención de rescindir el contrato laboral de Don Sergio.

De este modo, y siguiendo lo dispuesto en la ya citada STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2013 [AS/2013/2369] en su fundamento de derecho décimo sexto, no cabría alegar la vulneración del derecho de libertad sindical puesto que cuando Don Sergio decidió entrar a formar parte de una sección sindical, este ya conocía con anterioridad la decisión de la empresa de rescindir su contrato laboral (pues así se lo había transmitido al comité de empresa de forma previa).

Además, si bien es cierto que no consta que CONTRATOPHONE S.A. tuviese conocimiento de la pertenencia de Don Sergio a CGT como Secretario de la Organización, ello carece de relevancia en el caso, puesto que el afectado tenía este puesto desde hacía dos años, y no se encuentra nexo causal alguno entre la comunicación del despido y su pertenencia al sindicato CGT.

Se descarta entonces la posible calificación jurídica de nulidad por vulneración del derecho de libertad sindical.

A modo de resumen, el despido de Don Sergio merece la calificación jurídica de improcedente por el incumplimiento de los requisitos formales, tanto si se trata de un despido disciplinario como si lo es por causas objetivas. Presuponiendo que las faltas de asistencia son injustificadas, las causas de despido invocadas por CONTRATOPHONE S.A. en la comunicación de despido cumplirían con los requisitos de incumplimiento grave y culpable, por lo que, de haberse cumplido con los requisitos formales, el despido podría calificarse como procedente; en consonancia con lo anteriormente expuesto quedan descartadas tanto la discriminación por discapacidad como la vulneración del derecho de libertad sindical.

2. Motivos para emprender algún tipo de acción legal

En el caso de que Don Sergio esté en desacuerdo con la decisión de despido adoptada por CONTRATOPHONE S.A., este podría emprender acciones legales mediante la demanda de despido durante el plazo de veinte días hábiles desde el día siguiente a la efectiva extinción de la relación laboral (art. 59.3 ET).

Como en la comunicación de la rescisión de su contrato laboral no consta la fecha a partir de la cual el despido se hará efectivo, quedaría pendiente de determinar el día límite del plazo improrrogable de caducidad legalmente fijado, siendo ello causa de indefensión por parte de Don Sergio.

militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

Tal y como se ha puesto ya de manifiesto en el caso de Doña Carmen, en el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de acción contra el despido no cabrá la interrupción, pero sí la suspensión en el momento de presentación de la papeleta de conciliación hasta el día siguiente de intentada la conciliación o en todo caso, pasados quince días hábiles (excluyendo para su cómputo los sábados).

Para ello, al tratarse de un despido disciplinario, deberá hacer efectiva esta acción en primer lugar a través del procedimiento extrajudicial institucional del acto previo de conciliación y a continuación a través de la demanda judicial.

No computarán como días hábiles sábados, domingos ni festivos.

La caducidad del ejercicio de esta acción se respalda en la necesidad de mantener la seguridad del tráfico jurídico, procediendo la extinción definitiva de los derechos y acciones del titular que no los haya ejercitado dentro del plazo legalmente establecido⁴⁷.

El ejercicio de esta acción judicial permitirá la calificación jurídica del despido así como la determinación de sus efectos.

Como vemos, el procedimiento a seguir por Don Sergio coincide con el procedimiento que ya se ha detallado en el caso de Doña Carmen, al tener ambos la consideración de despidos disciplinarios improcedentes.

3. Derecho a exigir alguna indemnización

Considerando que la calificación jurídica de este despido sería la de improcedente, a tenor de lo dispuesto en el art. 56.1 ET, corresponderá al empresario optar entre la readmisión de Don Sergio o el abono de una indemnización.

No cabe la posibilidad de que el afectado solicite indemnización por daños y perjuicios al no contemplarse la nulidad como calificación jurídica de este despido (Art. 183 LJS). De este modo, no procede la solicitud de dicha indemnización puesto que no se sostiene la existencia de vulneración de los derechos fundamentales por discriminación por razón de discapacidad ni tampoco la vulneración del derecho de libertad sindical.

El derecho de opción recogido en el art. 56.1 ET correspondería a Don Sergio si este fuese representante legal de los trabajadores o delegado sindical, en cuyo caso tendría derecho a percibir los salarios de tramitación fuese cual fuese la opción elegida (art. 56.4 ET). No obstante, hemos afirmado que este derecho de opción le correspondería a CONTRATOPHONE S.A. y no a Don Sergio, ya que a pesar de ser este Secretario de Organización del sindicato CGT y pertenecer a una sección sindical del mismo, no consta que el afectado tenga la consideración de representante legal de los trabajadores o delegado sindical (cuestión previamente analizada en los requisitos formales).

Debe tenerse en cuenta que este derecho de elección que posee CONTRATOPHONE S.A. entre la readmisión de Don Sergio y el pago de una indemnización estaría sujeto al plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia. Dicho plazo comienza a computar sin esperar a la firmeza de la misma y es independiente de que se interponga o no recurso. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la

⁴⁷ STS de 25 de enero de 2007 [RJ/2007/993]

oficina del Juzgado de lo Social (art. 110.3 LJS). Se descontarán para el cómputo de los cinco días los días inhábiles: sábados, domingos y festivos (incluidos los festivos locales de la sede del Juzgado de lo Social).

Pasado el referido plazo, si el empresario no ha manifestado su elección por ninguna de las opciones, se entenderá tácitamente elegida la readmisión de Don Sergio (art. 56.3 ET).

Situándonos ahora en el presupuesto de que la opción finalmente elegida por el empresario es la del pago de la indemnización compensatoria por los daños y perjuicios causados, cabe advertir que esta tiene una finalidad sustitutiva de la readmisión del trabajador en su anterior puesto de trabajo con la reparación del daño causado. Sin embargo, este daño no debe ser probado ni debe corresponderse con el daño efectivamente producido a causa de la rescisión del contrato laboral, sino que es un daño que se presume y no debe ser probado, estando legalmente tasadas y predeterminadas las cantidades que deben ser abonadas. Así, siguiendo lo dispuesto por el art. 56.1 ET, la cuantía de la indemnización compensatoria "deberá ser la 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 opción por la indemnización determina la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo⁴⁸.

4. Derecho a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo

Tal y como se indicó en el apartado anterior, en el caso de Don Sergio, al ser considerado su despido como improcedente, y no constar el afectado como representante de los trabajadores ni delegado sindical, no tendría derecho alguno a exigir la reincorporación a su puesto de trabajo.

No obstante, CONTRATOPHONE S.A. podría ejercitar la opción de readmisión con el abono de los salarios de tramitación que correspondan.

En caso de que la empresa decidiese optar por su readmisión, debería comunicarle al trabajador la fecha de reincorporación al trabajo, que deberá ser en un plazo de al menos tres días desde la notificación del escrito. Esta comunicación debe realizarse por escrito en plazo de diez días desde la notificación de la sentencia.

La reincorporación de Don Sergio debería producirse en las mismas condiciones a las existentes con anterioridad al despido. En este sentido, deberá abonarle al afectado los salarios de tramitación (concepto ya explicado en el caso de Doña Carmen) (art. 56.2 ET).

Además del abono de los salarios de tramitación, CONTRATOPHONE S.A. deberá cotizar a la Seguridad Social por el tiempo y salarios correspondientes a la tramitación

⁴⁸AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 276.

mediante liquidación complementaria. El alta de Don Sergio tendrá efectos desde la fecha de despido inicial⁴⁹.

No obstante, a tenor de lo dispuesto en el art. 56.5 ET, si la sentencia que declara la improcedencia del despido se dicta en un plazo superior a noventa días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda, CONTRATOPHONE S.A. podrá reclamar al Estado las cantidades en concepto de salarios de tramitación que se correspondan con los días que excedan de este plazo.

Cabe tener en consideración el hecho de que, habiéndose declarado improcedente el despido de Don Sergio por incumplimiento de los requisitos de forma, si CONTRATOPHONE S.A. opta por la readmisión de este, según el art. 110.4 LJS podrá despedirlo nuevamente con alegación de las mismas causas en el plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Este acto surtiría efectos desde su fecha sin suponer una subsanación del primer acto extintivo.

⁴⁹ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 304.

Conclusiones finales

Una vez analizadas cada una de las decisiones llevadas a cabo por CONTRATOPHONE S.A., cabe señalar que los despidos de estos tres trabajadores merecen la calificación jurídica de improcedentes por no cumplir con los requisitos de forma establecidos para cada caso.

Todos ellos tendrían la posibilidad de emprender acciones legales contra la resolución de sus contratos laborales impugnando judicialmente el despido durante el plazo de caducidad de veinte días desde la efectividad de los despidos. El intento de conciliación será un requisito previo obligatorio para los tres casos.

Al tratarse de despidos improcedentes, CONTRATOPHONE tendrá el derecho a optar entre su readmisión (con el abono de los salarios de tramitación que correspondan) o el abono de una indemnización legalmente determinada. En caso de que la empresa no elija alguna opción en el plazo de cinco días desde la resolución de la sentencia se entenderá tácitamente elegida la readmisión de los trabajadores.

Ahora bien, salvando el incumplimiento de los requisitos de forma, y centrándonos en el análisis más sustantivo de las decisiones emprendidas por CONTRATOPHONE S.A. debemos resaltar que en todos los supuestos los trabajadores, o bien se encontraban ausentes por estar en situación de IT (caso de Doña Carmen), o bien tenían un número de faltas de asistencia al trabajo considerable durante los últimos meses. Observando el supuesto de hecho de forma globalizada parece que nos encontramos ante un caso en el que la empresa, al considerar que no le salía rentable tener a estos tres trabajadores en la empresa por el número de ausencias que tenían, decide de forma unilateral rescindir sus contratos laborales. Uno de los objetos del trabajo ha sido realizar un análisis sobre la existencia de causa debidamente justificada que (salvando los requisitos formales) diese validez y eficacia a los despidos.

Respecto a cada uno de los trabajadores, destacan las siguientes consideraciones:

- Caso del despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria de rendimiento de Doña Carmen: la calificación jurídica en base a las causas justificadas sería igualmente de improcedente, puesto que la ambigüedad en las fechas de incumplimiento imposibilita determinar si efectivamente se produjo un incumplimiento grave y culpable.

En caso de que se alegara causa de despido ficticia, siendo la causa real su situación de IT, queda descartada la nulidad del despido por discriminación por razones de enfermedad sin que este término pueda equipararse al de discapacidad.

- Caso de la extinción del contrato por causas objetivas de Don Agustín: no cumple el mínimo de faltas de asistencia injustificadas para poder ser despedido por estas razones puesto que debe eliminarse del cómputo realizado por la empresa las faltas debidas al tratamiento de cáncer (art. 52.d) ET). La calificación jurídica sería por lo tanto de improcedente aún salvando el incumplimiento de los requisitos formales.

- Caso despido de Don Sergio: no hay datos sobre la justificación de las faltas de asistencia, de forma que dependiendo de la consideración que estas merezcan el despido

podría ser disciplinario (no justificadas) o por causas objetivas (justificadas). Considerando que estamos ante un despido disciplinario y obviando los requisitos formales, se cumplirían los requisitos sustantivos para ser calificado como procedente.

Se descarta la posibilidad de que el despido sea calificado de nulo por discriminación por discapacidad ya que no existe nexo causal entre ambas circunstancias (la declaración de incapacidad fue realizada con anterioridad a la incorporación en este trabajo y las causas de su ausencia no están relacionadas con la incapacidad reconocida). Tampoco existe vulneración del derecho de libertad sindical puesto que la empresa trasladó la intención de su despido al comité de empresa con anterioridad a que Don Sergio pasara a formar parte de una sección sindical.

Bibliografía

AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico. Despido 2015-2016. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo*. Francis Lefebvre, Madrid, 2015

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2004.

BAYLOS GRAU, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2009.

CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad para trabajar*, La Ley, Madrid, 2014.

GARCÍA MURCIA, J., MARTÍN VALVERDE, A. Y RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIERREZ, F.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., MOLERO MANGLANO, C. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. y VIDA SORIA, J.: *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 2009.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016.

SALA FRANCO, T. y otros: *Relaciones Laborales. La Contratación Laboral, la Relación Laboral, la Extinción del Contrato, la Negociación Colectiva, la Representación de los trabajadores, la Huelga, el Cierre Patronal y los Conflictos Colectivos*, tirant lo blanch, Valencia.

TOLEDO OMS, A.: *El Despido sin Causa del Trabajador en Situación de Incapacidad Temporal*, Thomson reuters, Pamplona, 2009.

Apéndice jurisprudencial

Sentencias Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- STJUE de 11 de julio de 2006 [TJCE/2006/192]
- STJUE de 11 de abril de 2013 [TJCE/2013/122]
- STJUE de 18 de enero de 2018 [JUR/2018/16903]

Sentencias Tribunal Constitucional:

- STC de 12 de junio de 2000 [RTC 2000/153]
- STC de 26 de mayo de 2008 [RTC 2008/62]

Sentencias Tribunal Supremo:

- STS de 5 de julio de 1990 [RJ/1990/6058]
- STS de 19 de enero de 1994 [RJ/1994/352]
- STS de 26 de julio de 2005 [RJ/2005/7147]
- STS de 21 de septiembre de 2005 [RJ 2005/ 7650]
- STS de 18 septiembre de 2006 [RJ/2006/8742]
- STS de 25 de enero de 2007 [RJ/2007/993]
- STS de 3 de noviembre de 2008 [RJ/2008/6091]
- STS de 27 de enero de 2009 [RJ/2009/1048]
- STS de 9 de diciembre de 2010 [RJ/2011/238]
- STS de 27 de marzo de 2013 [RJ 2013/3379]
- STS de 7 de mayo de 2015 [RJ/2015/2238]
- STS de 3 mayo de 2016 [RJ/2016/2152]

Sentencias Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ de Cantabria de 24 de enero de 2005 [AS/2005/13]
- STSJ Las Palmas de 29 de mayo de 2012 [JUR/2012/299274]
- STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2013 [AS/2013/2369]
- STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014 [AS/2014/2713]
- STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2014 [AS/2014/960]
- STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2014 [AS/2014/276]

- STSJ de País Vasco de 21 de junio de 2016 [AS/2016/2055]
- STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2016 [JUR/2016/80851]

Apéndice normativo

- Constitución Española aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978
- Directiva comunitaria 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.
- 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.
- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. «BOE» núm. 189, de 8 de agosto de 1985.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. «BOE» núm. 245, de 11 de octubre de 2011.
- 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 de octubre de 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.