

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

DESPIDO LABORAL POR ABSENTISMO

DESPEDIMENTO POR ABSENTISMO

DIMISSAL BY ABSENTEEISM

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2017-2018

IRENE LODOS PIÑÓN

Tutor: Prof. Dr. CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	4
INTRODUCCIÓN.....	6

Capítulo I

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA DECISIÓN DE LA EMPRESA

1. ANTECEDENTES.....	9
1.1. Extinción del contrato de trabajo.....	9
1.2. Causas de extinción del contrato de trabajo: despido.....	9
1.2.1. El principio de proporcionalidad en el despido.....	10
2. DESPIDO DOÑA CARMEN FERNÁNDEZ.....	10
3. DESPIDO DON AGUSTÍN RAMÍREZ Y DON SERGIO GÁMEZ.....	13
4. CONCLUSIONES.....	16

Capítulo II

ACCIONES LEGALES

1. ANTECEDENTES.....	17
1.1. Tipos de causas legales y cómo ejercitarlas.....	17
1.2. Calificación del despido.....	17
1.3. Despido improcedente.....	18
2. DESPIDO DOÑA CARMEN.....	18
2.1 El despido por enfermedad o incapacidad temporal.....	24
3. DESPIDO DON AGUSTÍN.....	26
4. DESPIDO DON SERGIO.....	28
5. CONCLUSIONES.....	29

Capítulo III

INDEMNIZACIONES POR DESPIDO Y DERECHO A LA REINCORPORACIÓN AL PUESTO DE TRABAJO

1. ANTECEDENTES.....	30
1.1. Proceso laboral ordinario.....	30
1.2. Indemnizaciones por despido.....	30
2. DOÑA CARMEN, DON AGUSTÍN Y DON SERGIO.....	31
3. CONCLUSIONES.....	34

CONCLUSIONES FINALES.....	35
BIBLIOGRAFÍA.....	38
REPERTORIO NORMATIVO.....	39
REPERTORIO JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES.....	40
ANEXO I.....	42
ANEXO II.....	43
ANEXO III.....	44
ANEXO IV.....	45
ANEXO V.....	46

ABREVIATURAS Y SIGLAS

<i>ET</i>	Estatuto de los trabajadores
<i>IT</i>	Incapacidad temporal
<i>ART</i>	Artículo
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>STSJ</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>JS</i>	Juzgado de lo Social
<i>RDLRT</i>	Real Decreto Ley de las Relaciones de Trabajo
<i>LCT</i>	Ley Contratos del Trabajo
<i>LRML</i>	Ley de Reforma del Mercado Laboral
<i>LJS</i>	Ley de Jurisdicción Social
<i>CE</i>	Constitución Española
<i>SS</i>	Seguridad Social
<i>CC</i>	Código Civil
<i>LPL</i>	Ley Procesal Laboral

<i>SMAC</i>	Servicio de Mediación, arbitraje y conciliación
<i>S.A</i>	Sociedad Anónima
<i>TJUE</i>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar las cuestiones jurídicas sobre el régimen de los despidos para saber si los siguientes trabajadores deben emprender acciones legales contra la decisión de despido tomada por la empresa.

Para ello, partiremos del siguiente supuesto 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.

Nos piden que analicemos cada caso para en primer lugar, calificar la decisión de la empresa jurídicamente; esto nos ayudará a saber ante qué tipo de despido nos encontramos, y por lo tanto, saber si se cumplen los requisitos para que este sea procedente.

En segundo lugar, nos pregunta sobre la posibilidad de los trabajadores para emprender acciones legales; en este caso, debemos buscar si cualquier tipo de despido es recurrible y, en el caso de que así sea, si los trabajadores tienen motivos para recurrirlo, es decir, nos pregunta si el despido es procedente, nulo o improcedente.

En tercer lugar, trata el tema de las indemnizaciones para saber si alguno de los trabajadores tiene derecho a exigir alguna y en ese caso, el porqué. Debemos buscar si todo despido lleva aparejada una indemnización o si dependerá del tipo de despido del que se trate, y de si es procedente, improcedente o nulo.

Y, en cuarto lugar, habla sobre si existe un derecho en los trabajadores a exigir ser reincorporados a su puesto de trabajo. En este caso, tendremos que atender a que si el despido es improcedente o nulo, y a la condición del trabajador.

Para responder a estas preguntas, estructuramos el trabajo en tres partes. En un primer capítulo, analizaremos de manera teórica, los tipos de despido que existen, las causas establecidas en el Estatuto de Trabajadores (ET)¹ para calificarlos y los requisitos que deben cumplir para que sean procedentes. En un segundo capítulo, aplicaremos la teoría del apartado anterior para ver si se cumplen estos requisitos en cada despido, y, por tanto, determinar si estamos ante un despido procedente, improcedente o nulo y así saber si los trabajadores deben emprender acciones legales o no. En un tercer capítulo y último capítulo, englobaremos el derecho a las indemnizaciones y a la reincorporación en su

¹ 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 n.º 255, del 24 de octubre de 2015].

puesto de trabajo, y una vez sepamos ante de qué tipo de despido nos encontramos, hablaremos de qué indemnizaciones existen, quién tiene derecho a ellas, si existe un derecho a la reincorporación al puesto del trabajo y, de ser así, quien lo ostenta y por qué razón.

Capítulo I

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA DECISIÓN DE LA EMPRESA

1. ANTECEDENTES

En este capítulo, analizaremos de manera individualizada la situación de cada trabajador para concluir si la decisión tomada por la empresa respecto a sus despidos tiene base jurídica y cómo la calificaríamos. Para ello, comenzaremos explicando qué modalidades de despido existen para saber cuál es aplicable a estos supuestos.

1.1 Extinción del contrato de trabajo.

El Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, carece de una definición del término “extinción del contrato de trabajo”, limitándose en su artículo (art) 49 a enumerar las causas que lo motivan². La extinción de este contrato constituye la ruptura del vínculo jurídico-laboral con el consiguiente cese definitivo de las prestaciones recíprocas a las que venían obligadas ambas partes del contrato y, por tanto, de la relación laboral³.

1.2 Causas de extinción del contrato de trabajo: despido.

Dentro de las causas de extinción, la más común y la que nos interesa en este trabajo, es por voluntad de la empresa, es decir, el despido, tipificado en el art.49.k) ET. En un principio, este término se identificaba con un incumplimiento del trabajador. Hasta la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el ET solo entendía el concepto de despido en sentido estricto, es decir, en los supuestos de despido disciplinario; las demás situaciones eran calificadas como extinción contractual⁴. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia precisaron que es aplicable a toda extinción por voluntad unilateral del empresario en el que se incluyen diversas especies (SSTS de 11 de marzo de 2002 [R.J 2002, 2352] y 14 de mayo 2007 [RJ 2007, 5084])⁵. Por tanto, debe entenderse el concepto de despido como una noción amplia que integra multitud de supuestos.

Llama la atención que en el art.49 del ET, que regula las causas de extinción del contrato, se mencionan en apartados distintos, el despido (letra k)) y las causas objetivas establecidas legalmente (letra l)). Es decir, hace una separación de causas que resuelven el contrato entre el despido disciplinario y lo que se conoce como despido objetivo, sin llegar a llamar en el ET a este despido en ningún momento⁶.

El despido es el acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo. Se trata de un acto jurídico fundado en la autonomía negocial privada, que produce la extinción *ad futurum* del contrato por decisión del empresario⁷.

Como regla general, en nuestro ordenamiento jurídico el despido debe ser justificado, es decir, debe tener un origen causal, en virtud del cual, hoy en día, existen

² MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.583.

³ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p.925.

⁴ MELLA MÉNDEZ, L., *La formalización del despido disciplinario*, Comares, 1999, Granada, p.5.

⁵ GARCÍA NINET, J.I (Dir), *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p.928.

⁶ ARUFE VARELA, A. *et al.*, *Derecho del Trabajo*, Netbiblo (Gesbiblo S.L.), 2006, p.329.

⁷ MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2014, p.471.

varias modalidades de despido: disciplinario, objetivo, colectivo y por causas de fuerza mayor, todas ellas recogidas en los art. 51 a 54 del ET.

Brevemente podemos decir que se trata de un despido disciplinario cuando existe un incumplimiento grave y culpable del trabajador; despido por circunstancias objetivas, cuando se trata de defectos no culpables de aptitud del trabajador, sino de necesidades de funcionamiento de la empresa como por ejemplo despidos económicos, técnicos, etc. o por ineptitud del trabajador; despido colectivo, fundado en causas económicas, técnicas de organización o de producción que superan el umbral cuantitativo que lo distingue del despido objetivo; y despido por fuerza mayor, que esta imposibilite definitivamente la prestación del trabajo⁸.

1.2.1 El principio de proporcionalidad en el despido.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) (Sentencia del Tribunal Supremo -STS- 27 de julio de 1994) ha señalado el principio de proporcionalidad como un principio general del derecho, por la necesidad de que exista una armonía entre los medios utilizados y el fin perseguido⁹.

De manera que ante un incumplimiento de los deberes por parte del trabajador, se impondrá una sanción. Para ello, el sistema lo que ha hecho es tipificar las infracciones y encuadrarlas en muy graves, graves y leves; y simultáneamente, estableció un sistema de sanciones en virtud del nivel de infracción de que se trate¹⁰.

Por lo tanto, el despido es la última opción, ya que es la que peores consecuencias tiene para el trabajador, pudiéndose aplicar cuando concurra una de las causas tipificadas en el ET, y en los casos de sanción, solo se podrá aplicar el despido disciplinario para los supuestos de incumplimiento más graves y donde habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso y la gravedad y consecuencias de los hechos, así como el motivo por el que se ha cometido la infracción.

2. DESPIDO DOÑA CARMEN FERNÁNDEZ

Doña Carmen fue despedida el 22 de mayo tras sufrir un accidente y como consecuencia de este, padecer un “latigazo cervical” justificado con informe médico que propicia una baja médica por incapacidad temporal (IT), con duración hasta el 26 de mayo. Se le notifica por medio de una carta en la que se justifica el despido por una bajada de rendimiento que se manifiesta de manera continuada y voluntaria, a pesar de las advertencias e intentos de corrección que le dieron por parte de la empresa.

Se trata de un despido disciplinario que produce la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario basada en un incumplimiento previo de las obligaciones del trabajador (art.54.1 del ET)¹¹.

Se deben tener en cuenta la gravedad y la culpabilidad a la hora de valorar el despido. La gravedad hace referencia al grado en que el trabajador ha quebrantado una

⁸ *Ibid.*, p. 473.

⁹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J.I., *El despido disciplinario y sus causas*, Comares, Granada, 2001, p. 19.

¹⁰ *Ibid.*, p.20.

¹¹ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.934.

obligación laboral y la culpabilidad se asienta en el reproche que merece el incumplimiento del trabajador. Para saber qué se entiende por gravedad, debemos atender a elementos objetivos como la lesión producida en el bien jurídico que ha sido afectado por el incumplimiento y la intensidad de aquella. En el caso de la culpabilidad se exige que ese hecho se le pueda imputar al trabajador y se entiende por tanto que debe existir una voluntariedad en la acción u omisión constitutiva del incumplimiento¹².

Atendiendo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, debe haber una adecuación entre el despido y el incumplimiento cometido. Así, por un lado se tienen en cuenta los criterios de índole objetiva (gravedad) donde se valorará el bien jurídico lesionado por el incumplimiento, la repetición, continuidad, y advertencias empresariales al trabajador; que haya una concurrencia de causas, el nivel profesional del trabajador, la antigüedad y trayectoria previa, Por otro lado, los criterios de índole subjetiva (culpabilidad), que se tendrán en consideración la intencionalidad maliciosa y los trastornos con obnubilación de las facultades volitivas (conflictividad previa, embriaguez, toxicomanía)¹³.

El despido disciplinario se recoge en el art. 54 del ET y en él se establece un *numerus clausus* de causas que se consideran incumplimiento del contrato (STS de 17 de septiembre de 1990 [RJ 1990,7013])¹⁴.

Se considerarán incumplimientos contractuales¹⁵:

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*
- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.*
- d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*
- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.*
- f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.*
- g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.*

En el caso de doña Carmen, hace referencia a la letra e) que habla sobre la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, puesto que la causa que ha motivado su despido es la bajada de rendimiento que ha tenido respecto a sus compañeros¹⁶.

¹² MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones del Derecho del Trabajo*, op. cit., p.589-590.

¹³ GOMEZ ABELLEIRA, F.J., *La causalidad del despido disciplinario*, op. cit. p.102-129.

¹⁴ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.935.

¹⁵ 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, art. 54.

¹⁶ Art.54 del ET.

En el caso de la disminución continuada del rendimiento de trabajo normal o pactado del citado art.54.2.e) del ET. Se entiende que se debe tratar de una falta continuada y voluntaria; se entiende además que no hace referencia al mínimo rendimiento exigible según el sistema de control que la empresa haya establecido, sino el normal que el trabajador venía obteniendo. La sanción exige que haya una prolongación en el tiempo de la conducta, por lo tanto impide el despido en caso de una disminución del rendimiento ocasional o aislado. Además ha de ser imputable al trabajador, siendo suficiente un comportamiento descuidado falto de esmero, revelador de inhibición y abandono¹⁷.

El trabajador está obligado a cumplir unos objetivos y un mínimo de rendimiento por el mero contrato de trabajo, en virtud del art.5.a) del ET, que establece que debe cumplir con las obligaciones concretas de su trabajo, y en este caso, como comercial su trabajo es vender unos servicios, (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia -STS-) de Cantabria de 26 de septiembre 1995 [AS 1995, 3233]¹⁸.

La bajada de rendimiento ha de ser de notable entidad, durante un periodo de tiempo largo y voluntaria (STSJ de Cataluña de 22 de mayo 1996 [AS 1996, 634 y 1662]. Esta sentencia establece que deben concurrir todos estos requisitos y que además han de valorarse las circunstancias en cada caso concreto, analizando el caso de cada trabajador, empresa e incluso del sector¹⁹.

En la STSJ del País Vasco del 4 de abril de 2006 [RJ 353/2006], el tribunal resolvió que la disminución del rendimiento exige la existencia de un término de comparación y que este podrá consistir en el rendimiento de otros trabajadores en condicionales homologables o en el rendimiento del propio trabajador en condiciones anteriores homologables²⁰.

Así, para apreciar una bajada de rendimiento debe cuantificarse la diferencia con el rendimiento exigible (normal o pactado) que servirá para apreciar la gravedad de esta disminución. La doctrina jurisprudencial exige que se realice una operación de comparación o contraste del rendimiento del trabajador (STSJ Cataluña de 18 de enero 2005 [AS 2005, 266] y STS de 30 de octubre de 2007 [RJ 2007, 9327]) bien respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes o bien en función del rendimiento alcanzable por cualquier trabajador capaz en rendimiento ordinario. Para realizar esta operación, se puede atender a un criterio subjetivo, tomando como medida el rendimiento conseguido por el propio trabajador con anterioridad a la bajada de rendimiento, o bien un criterio objetivo, tomando como referencia el rendimiento marcado por el pacto individual que no ha de ser abusivo o por otros trabajadores que realicen la misma actividad en el mismo puesto de trabajo. Esto requiere que el periodo de comparación sea suficientemente significativo²¹.

Por tanto, de nada sirve que el empresario acredite unos resultados pobres por parte del trabajador, sino pone a disposición una comparativa de los resultados de sus compañeros en condiciones homogéneas donde se manifieste la gran diferencia de

¹⁷ MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones del Derecho del Trabajo*, op. cit., p.592.

¹⁸ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.947.

¹⁹ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.947.

²⁰ MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones del Derecho del Trabajo*, op. cit., p.592.

²¹ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.947.

rendimiento en trabajadores. En caso de la ausencia de este requisito, será declarado improcedente el despido (STS de 21 de febrero de 1990 [RJ 1990, 1128])²².

Para que el despido disciplinario tenga efecto, también debe cumplir una serie de formalidades que figuran en el art. 55.1 del ET: debe ser notificado al trabajador por escrito, haciendo constar los hechos que lo motivan y la fecha en que el despido será efectivo.²³

3. DESPIDO DON AGUSTÍN RAMÍREZ Y DON SERGIO GÁMEZ

Don Agustín fue despedido el 22 de mayo, por haber faltado al trabajo 21 de los 80 días que le correspondía trabajar a lo largo de cuatro meses. El trabajador presentó siempre justificante médico en el que se detallaba la razón de cada ausencia al trabajo, debiéndose todas a una situación de enfermedad, llegando a causar baja, y encontrarse en situación de IT.

Don Sergio fue despedido el 23 de mayo, por absentismo laboral en el 54% de los días que le correspondían trabajar a lo largo de dos meses por dolores de cabeza recurrentes.

En los dos casos se trata de un despido objetivo, que produce la extinción del contrato por decisión del empresario. Fue creado por el Real Decreto Ley de las Relaciones de Trabajo, de 4 de marzo (RDLRT)²⁴, para utilizarse en caso de despido de trabajadores singulares y no grupos o colectividades de ellos²⁵. A diferencia del despido disciplinario, que se basa en una conducta del trabajador, la cual podría ser sancionada por el empresario de distintas maneras, entre ellas, el despido; en este caso lo que motiva el despido es la concurrencia de un hecho concreto que motiva la ruptura contractual²⁶. Es decir, este despido no se funda en un incumplimiento del trabajador que derive de dolo o culpa, sino que el trabajador puede ser despedido también por un incumplimiento no doloso ni culpable, fundando este despido en el artículo 81 del antiguo Decreto de 1944 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley De Contratos de Trabajo (LCT)²⁷, que establece la posibilidad de que el trabajador sea despedido por motivos justificados, pero independientes de su voluntad²⁸.

El objetivo de esta reforma es liberar al empresario del perjuicio que le causaría el mantenimiento de la relación laboral ante determinadas necesidades de la empresa o incumplimientos del trabajador, que aun no siendo culpables, son perjudiciales para el empresario. Se trata de una medida dirigida a ampliar y facilitar los despidos²⁹.

²² GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p.151.

²³ MELLA MÉNDEZ, L., *La formalización del despido disciplinario*, op. Cit. p.14.

²⁴ Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, [BOE, núm. 58, de 9 de marzo de 1977].

²⁵ MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.487.

²⁶ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.993-994.

²⁷ Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de trabajo [BOE, núm. 55, de 26 de enero de 1944].

²⁸ MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.488.

²⁹ MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones del Derecho del Trabajo*, op. cit., p.602.

Las causas del despido objetivo vienen tipificadas en el art.52 del ET y son:

- a) *Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.*
- b) *Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.*
- c) *Cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 51.1 y la extinción afecte a un número inferior establecido en citado artículo del despido colectivo.*
- d) *Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes con algunas especialidades.*
- e) *Por la insuficiencia de la asignación del mantenimiento de un contrato de trabajo por tiempo indefinido sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados³⁰.*

En estos dos casos, el empresario motiva el despido haciendo referencia a las faltas de trabajo de don Agustín y don Sergio, es decir, estamos ante el supuesto del art.52.d) del ET. El trabajador ha sido despedido por no asistir en varias ocasiones al trabajo, a pesar de que estas fueran justificadas.

Es decir, al igual que las faltas injustificadas y repetidas de asistencia al trabajo son causa de despido disciplinario, las faltas justificadas e intermitentes dan lugar al despido por causas objetivas³¹. Si bien el resultado es ambos casos que el trabajador es despedido, puesto que el objetivo de esta reforma fue facilitar el despido del trabajador, la diferencia es importante ya que lógicamente el despido disciplinario no tiene derecho a indemnización (art. 55.7 del ET), mientras que el despido objetivo sí. (art.53.1.b) del ET)³².

Concretamente, el art. 52.d) del ET reza: *“Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las 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. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”.*

En lo que nos atañe para este supuesto, para que el trabajador pueda ser despedido por este motivo debe haber faltado al menos al 25% de sus jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses o un 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre y cuando el total de las faltas de asistencia en los

³⁰ Art 52 del ET.

³¹ MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.489.

³² Art. 53 y 55 del ET.

doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles. No se computarán a estos efectos las faltas derivadas de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad.

Esta redacción del artículo cambió ya que antes de la reforma del ET se hablaba de la superación de un índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo en los mismos periodos de tiempo³³. La ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (LRML)³⁴ introdujo la condición de carácter individual, anulando el cómputo del índice global de absentismo del centro de trabajo³⁵.

Es importante tener en cuenta que la norma no excluye las faltas justificadas ni las que ya hubieran sido objeto de sanción, es decir, que se computan incluso aquellas ya prescritas.³⁶

Si se trata de bajas intermitentes que responden al mismo proceso patológico, cuando estas no duren más de 20 días consecutivos, deben computarse a efectos de absentismo. (STS 27 de noviembre de 2008 [RJ 2861/2007])³⁷.

Se determinará qué se entiende por jornada hábil, según lo establecido en el calendario laboral de la empresa, con independencia del número de horas que se deba trabajar cada día. Además, los periodos de dos y cuatro meses deben computarse de fecha a fecha (STS 9 de diciembre de 2010 [RJ 842/2010])³⁸.

La última falta de asistencia al trabajo actúa como *dies ad quem* para la determinación de los periodos de referencia, como *dies a quo* para el plazo del que dispone el empresario para despedir. Dicho plazo, a falta de previsión específica, es el de un año, según el art. 59 del ET (STSJ Baleares, 15 de enero de 1999 [RJ 527, 1991])³⁹.

La finalidad de esta causa de despido es combatir el absentismo en las empresas, otorgando al empresario la facultad de extinguir el contrato cuando los niveles que soporte de ausencias al trabajo sean muy altos, en la medida en que ello le supone un coste directo por tener que contratar a otra persona para que realice la sustitución del trabajador ausente y, además le supone una gran dificultad el hecho de suplir ausencias cortas, inferiores a 20 días e intermitentes, ya que este absentismo aunque puede fundarse en cualquier tipo de circunstancias, el ET contempla básicamente las derivadas de situaciones de enfermedad⁴⁰, y los trabajadores que causen baja por más de 20 días, no podrán ser despedidos por esta razón, ya que no se computan como ausencia al trabajo⁴¹.

Para que el despido objetivo sea procedente, también deberá cumplir con unas exigencias formales, establecidas en el art. 53 del ET. En definitiva, debe ser comunicado al trabajador por escrito, junto con la entrega de la indemnización correspondiente. Además, la empresa deberá realizar un preaviso al trabajador de quince días desde la comunicación del despido hasta la efectiva extinción del contrato, periodo durante el que el trabajador tendrá derecho a una licencia de seis horas semanales para buscar un nuevo

³³ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.996.

³⁴ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, [BOE, núm. 163, de 7 de julio de 2012].

³⁵ MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.489.

³⁶ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.997.

³⁷ MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones del Derecho del Trabajo*, op. cit., p.605-606.

³⁸ *Ibid.*, p.606.

³⁹ *Ibid.*, p.606.

⁴⁰ MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.489.

⁴¹ MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones del Derecho del Trabajo*, op. cit., p.604.

empleo⁴². La percepción por el trabajador de la indemnización o la utilización de la licencia horaria no equivalen al reconocimiento o aceptación de la decisión extintiva empresarial (art. 121.2 Ley de Jurisdicción Social –LJS-)⁴³.

4. CONCLUSIONES

Este primer capítulo es básicamente teórico porque la finalidad era saber ante qué tipo de despido nos encontrábamos con cada trabajador para poder valorar luego si procede o no, en función de los requisitos de cada uno.

En el caso de doña Carmen, acordamos que se trata de un despido disciplinario, basado en un incumplimiento del trabajador del deber de obtener un rendimiento mínimo en el trabajo. Para que este sea procedente deben cumplirse tres requisitos: gravedad y culpabilidad en el incumplimiento de sus deberes y término comparativo del rendimiento del trabajador.

En el caso de don Agustín, se trata de un despido objetivo, basado en una serie de faltas justificadas al trabajo a lo largo muy notables para la empresa. Para que este despido sea procedente, el trabajador debe recibir un preaviso de 15 días, y se debe poner a su disposición la indemnización que acompaña a este despido, además, la ley entiende que el trabajador debe haber alcanzado el 25% de faltas al trabajo a lo largo de cuatro meses discontinuos en el cómputo anual para poder ser despedido. Además, establece que no computarán a estos efectos, las faltas por tratamiento de cáncer.

En el caso de don Sergio, se trata de un despido objetivo, basado en una situación de absentismo laboral del 54% por dolores de cabeza. Para que este despido sea procedente, igual que en el caso anterior, el trabajador debe recibir un preaviso de 15 días, y se debe poner a su disposición la indemnización que acompaña a este despido, además la ley entiende que el trabajador debe haber alcanzado el 20% de las faltas al trabajo a lo largo de dos meses consecutivos, siempre y cuando alcanzara un 5% de faltas en los 12 meses anteriores.

⁴² GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.1002-1005.

⁴³ Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, art. 121. [BOE, núm. 245, del 11 de octubre de 2011].

CAPÍTULO II

ACCIONES LEGALES

1. ANTECEDENTES

En este apartado desarrollaremos si tienen derecho a emprender alguna acción legal y en tal caso, cuál deben llevar a cabo y por qué cada uno de los trabajadores ha sido despedido.

1.1 Tipos de acciones legales y cómo ejercerlas.

Todo trabajador que haya recibido una carta de despido y no esté conforme con las causas que en ella se aleguen tiene derecho a impugnar esa decisión. Para ello se recomienda que en el plazo de 20 días desde su recepción presente una papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de su provincia. La presentación de esta papeleta conlleva la suspensión del período de caducidad del trámite procesal social e implica la citación de forma automática a las partes a un acto previo de conciliación que es obligatorio. El objetivo de este acto es alcanzar un acuerdo entre empresario y trabajador y así, evitar un juicio en el Juzgado de lo Social (JS)⁴⁴.

Sin embargo, en caso de no llegar a un acuerdo puede presentar la demanda ante el JS en un plazo de 20 días, descontando los transcurridos desde la recepción de la carta de despido hasta presentar la papeleta de conciliación. En este caso, el JS señalará y notificará a ambas partes la fecha del juicio. Como resultado de la celebración del juicio, el juez o tribunal dictará una sentencia en el plazo de 5 días declarando el despido como procedente, improcedente o nulo⁴⁵.

1.2 Calificación del despido.

El despido procedente es cuando se considera que la decisión que ha tomado la empresa es válida puesto que ha acreditado ante el Juez las causas alegadas en la carta de despido (art. 55.4 del ET)⁴⁶.

El despido improcedente es aquel en el que la empresa no consigue demostrar los incumplimientos del trabajador o justificar las causas del despido expuestas en la carta de despido o no se han cumplido las exigencias formales establecidas en el procedimiento y, por lo tanto no es válido (art. 56 del ET)⁴⁷.

El despido nulo es aquel en el que el motivo de despido expuesto en la carta viola los derechos fundamentales del trabajador o se acredita que existe una causa de discriminación que está prohibida por la Constitución (art. 55.5 del ET)⁴⁸.

Esta sentencia es recurrible por ambas partes ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en los 5 días siguientes a su notificación⁴⁹.

⁴⁴.Art. 103.1 LJS.

⁴⁵ <https://www.garciadelasantaabogados.es/impugnar-despido/>

⁴⁶ Art. 108.1 LJS.

⁴⁷ Art 108.2 LJS.

⁴⁸ Art.108.3 LJS.

⁴⁹ <https://www.garciadelasantaabogados.es/impugnar-despido/>

1.3 Despido improcedente.

El art. 55.4 del ET contempla dos modalidades de despido improcedente: por razones de fondo y por razones de forma.

El juez debe declarar el despido improcedente cuando el empresario no acredite el incumplimiento del trabajador alegado en la carta de despido o cuando existiendo tal incumplimiento no queden probadas la gravedad y culpabilidad que causan el despido, en este caso, el juez se podrá acoger a la tesis gradualista y podrá aplicar una sanción menor que el despido⁵⁰.

El art. 55.4 del ET tras su reforma, ha ampliado el concepto de despido improcedente y ha incluido dentro de él los despidos con vicios de forma que con anterioridad resultaban nulos. Estos sin embargo, podrán ser corregidos por el empresario con un nuevo despido dentro del plazo citado anteriormente.

2. DESPIDO DOÑA CARMEN FERNÁNDEZ

En el caso de doña Carmen, concluimos que se trataba de un despido disciplinario, debido a una bajada de rendimiento continuada y voluntaria en los objetivos de la empresa, estando la trabajadora de baja médica por incapacidad temporal. Ahora vamos a ver si el despido es procedente, improcedente o nulo.

En primer lugar, para que el despido disciplinario pueda tener lugar debe respetar la forma establecida en el art. 55 del ET⁵¹. Debe notificarse por escrito al trabajador, por medio de la carta de despido. Esta debe contener los hechos que motivan el despido, así como la fecha en que tendrá efectos (véanse las STSJ de Madrid de 4 de enero de 1990 y STS 30 de enero de 1986), que establecen que el contenido de la carta debe contener los detalles precisos para que el trabajador pueda identificar los hechos que se le imputan y así poder ejercer correctamente su derecho a la defensa. En caso de que el empresario se saltara alguna de estas formalidades, el despido no tendrá efecto y tendrá que realizar uno nuevo en el plazo de veinte días a contar desde el primer despido; por lo que el empresario deberá abonar al trabajador los salarios devengados en días intermedios así como mantenerlo en la Seguridad Social (SS), durante estos. (STS de 1 de octubre de 1990 que establece que el incumplimiento tardío de los requisitos del despido por parte de la empresa no suponga una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido; esto es importa a efectos del salario del trabajador y su cotización en la SS durante los días en que no se cumplen las formalidades)⁵². Por convenio colectivo se pueden establecer otras exigencias formales⁵³.

A tenor de los datos que nos dan en el supuesto, estos requisitos de formalidad se cumplen, ya que doña Carmen recibe una carta de despido en la que se le notifica la decisión tomada por la empresa y se le explica el motivo (bajada de rendimiento).

Como vimos en el anterior capítulo, doña Carmen fue despedida en virtud del artículo 52.2 del ET, por una disminución de su rendimiento en el trabajo. Para que se cumpla esta causa de despido, la jurisprudencia entiende que se debe ser notable y para

⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.483.

⁵¹ RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido disciplinario*, Bosch, Barcelona, 2000, p.11.

⁵² *Ibid.*, p.71-72.

⁵³ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.954.

ello considera que se deben dar dos requisitos: por un lado, debe tratarse de una bajada de rendimiento grave, es decir continuada en el tiempo y por otro lado, de una bajada de rendimiento voluntaria⁵⁴. Estos son los dos requisitos que alega la empresa en la carta de despido, por lo que habrá que analizar cada uno.

Tradicionalmente se relacionaba el deber de diligencia con el rendimiento debido, ya que se entendía que la diligencia era la aplicación de la voluntad a la realización del trabajo para obtener el rendimiento debido o como el factor que conduce a la consecución del rendimiento exigible al trabajador⁵⁵. En la actualidad, el deber de diligencia del trabajador está desprovisto de independencia frente a la prestación principal, es decir, frente a la realización del trabajo convenido⁵⁶.

El rendimiento debido por el trabajador lo constituye la obtención del resultado en la cantidad y con las cualificaciones pactadas. De este modo, no solo presenta un aspecto cuantitativo, en referencia al trabajo realizado, sino también un aspecto cualitativo, en referencia a la utilidad que el trabajador aporta a la empresa con su esfuerzo. En algunos trabajos, el rendimiento se puede medir material u objetivamente, es lo que se denomina “trabajo medido” como puede ser la venta de productos; pero en otros trabajos, esta medida no es factible pues prima más el comportamiento que el resultado. Sin embargo, la jurisprudencia prácticamente solo analiza aquellos casos que permiten una cuantificación del rendimiento, es decir, que se puede observar un resultado tangible en el rendimiento del trabajador⁵⁷.

El rendimiento que el trabajador debe proporcionar actuando con diligencia es el que establece el artículo 54.2.e) del ET denominado “normal o pactado”. Este debe coincidir con el que se obtiene habitualmente por quienes realizan las mismas funciones en igualdad de condiciones. El art. 20.2 del ET establece que se entenderá por rendimiento normal el fijado en las disposiciones legales, los convenios colectivos, las órdenes y las instrucciones dictadas por el empresario, y en su defecto por los usos o costumbres. También se considera medio para determinar el rendimiento lo que figura en el contrato de trabajo⁵⁸.

En lo que respecta a la disminución, es importante precisar que esto significa que hubo un rendimiento anterior apropiado, porque si desde el principio ya fue inferior a lo que la empresa pedía, no podríamos hablar de una disminución, sino de una ineptitud por parte del trabajador para desempeñar ese trabajo⁵⁹. Por ello, se utiliza el elemento de comparación por la jurisprudencia para determinar si existe una bajada de rendimiento. Este término comparativo debe servir de referencia para sostener que efectivamente ha habido una bajada de rendimiento. Esta comparación responde para unos a un criterio objetivo, donde se valora el rendimiento obtenido por el trabajador atendiendo al marcado por el pacto individual o colectivo o a falta de este, por el logrado por otros trabajadores que desempeñen la misma actividad, en condiciones de igualdad; mientras que, para otros, a un criterio subjetivo, que toma como referencia el rendimiento conseguido por el propio trabajador con anterioridad. La jurisprudencia no muestra una postura uniforme en cuanto

⁵⁴ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J.I., *El despido disciplinario y sus causas*, op. cit. p.355-359.

⁵⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p.276.

⁵⁶ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 322.

⁵⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, op. cit. p. 277-278.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 281-282.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 282.

a estos criterios, y utiliza ambos por igual, aunque la tendencia sea utilizar el criterio objetivo, en virtud del art. 20.2 del ET⁶⁰.

La naturaleza jurídica del acto de despido ha sido analizada desde dos perspectivas: por un lado, unos consideran que el despido es la reacción contra un incumplimiento contractual, que en virtud del art. 1124 del Código Civil (CC), conllevaría la resolución del contrato; por otro lado, se considera que es una sanción disciplinaria jurídico-privada con la que se pena una falta laboral. Tras la publicación de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales⁶¹ (LRL) (actualmente derogada), el legislador se inclinó definitivamente por considerar el despido como una sanción⁶².

El ET continuó con esta inclinación y actualmente podemos decir que el despido disciplinario procede del poder sancionador que detenta el empresario frente al trabajador que incurre en un incumplimiento grave de sus deberes laborales. Se recoge en el art. 58.1 del ET, donde se establece que los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales de acuerdo con lo que establezcan en materia de sanciones y faltas, las disposiciones legales o el convenio colectivo aplicable⁶³.

El TS define el despido disciplinario como la sanción más grave que puede recibir un trabajador, puesto que implica perder su trabajo, lo que viene a ser su medio de vida. Por tanto, debe aplicarse proporcionalmente a la gravedad del hecho cometido por el trabajador, es decir, de manera gradualista. Esto es, siendo objeto de una interpretación restrictiva. Así, la STSJ 636/2012 de 19 de septiembre de Madrid, estableció que se debe llevar a cabo un estudio de todas las circunstancias constitutivas de grave antijuridicidad, apreciando las circunstancias concurrentes en cada caso y especialmente la existencia de gravedad y culpabilidad en las imputadas, requisitos que deben ponderarse de manera individualizada y teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo⁶⁴.

Así las cosas, debe analizarse cada caso en concreto, teniendo en cuenta las características o situación del trabajador en ese momento e inclusive, el sector de trabajo; así como su evolución a lo largo de la relación laboral; esto es lo que explicaría fundamentalmente la necesidad de que se examine la conducta del trabajador durante un tiempo razonable para determinar si efectivamente hay una bajada de rendimiento culpable y por otro lado, que la jurisprudencia, posteriormente haya precisado que se necesita a mayores una comparación que realiza utilizando criterios como la costumbre, el rendimiento del trabajador medio, el del propio trabajador o el de otros compañeros en igualdad de condiciones.

En ese sentido, ALONSO OLEA, también afirmaba que determinar que un trabajador ha incurrido en un incumplimiento grave de sus deberes laborales es muy difícil de demostrar porque hay que atenerse al incumplimiento, a las circunstancias en que se produce, a la cualificación del trabajador, al puesto de trabajo, entre otras, para determinar

⁶⁰ *Ibid.*, p. 283, 284, 285, 286, 287.

⁶¹ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales [BOE, núm. 96, de 21 de abril de 1976, páginas 7894 a 7902].

⁶² MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 473, 474.

⁶³ RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido disciplinario*, op. cit., p. 9.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, 636/2012 de 19 de septiembre de Madrid.

su gravedad y por ello, la única manera posible es atenerse al caso en concreto, como estableció la jurisprudencia en la citada sentencia⁶⁵.

Siguiendo con la comparación, la jurisprudencia ha establecido una especie de tercer requisito para que se verifique que procede el despido por dicha causa: la necesidad de acudir a una comparación para que efectivamente se demuestre que ha habido una bajada notable de rendimiento. Por ello, cada vez son más las empresas que recurren a utilizar un medidor objetivo adecuado a las características del puesto. Se trata de unos baremos que pueden ser introducidos previamente en el contrato de trabajo. La comparación puede realizarse con las cifras obtenidas por el propio trabajador antes de la bajada de rendimiento (STS de 21 de febrero de 1990, [RJ 1128]; STSJ Cataluña de 3 de abril de 1997, [AS 1398]) o bien, con las cifras obtenidas por sus compañeros en igualdad de condiciones y en el mismo puesto de trabajo, puesto que cabe recordar, que como vimos en el capítulo anterior, se puede exigir un mínimo de rendimiento siempre que este sea proporcional y factible de conseguir por un trabajador medio (STS de 20 de junio de 1988)⁶⁶.

En la STSJ del País Vasco [RJ 353/2006] se recurre un despido disciplinario por bajo rendimiento y una de las formas de demostrar que no fue una bajada culpable por parte del trabajador fue acreditar que no se le exigían los mismos objetivos que a sus compañeros, y que además, estos eran desproporcionados, además tampoco se le facilitaba una cartera de clientes lo suficientemente amplia como para poder atender a lo pactado en su contrato a pesar de pedir que se le aumentara en reiteradas ocasiones. En esta sentencia, el tribunal declara que no procede el despido por esta causa ya que la empresa no acredita que se pactara un rendimiento en su contrato ni consta el rendimiento anterior del trabajador ni hizo constar como actividad probatoria cuales eran los objetivos y condiciones de los demás trabajadores para poder llevar a cabo alguna comparativa⁶⁷.

Pues bien, atendiendo a este requisito de comparación, en este caso, la empresa presenta una comparativa entre la media de ventas de la trabajadora despedida y los demás compañeros de la campaña, como prueba de que existe una bajada de rendimiento por parte de la trabajadora. Podemos ver que la diferencia no es significativa teniendo en cuenta que sus compañeros han podido trabajar 20 días más que ella y ni siquiera es inferior a la mitad, siendo su media de ventas 13,6 y la de sus compañeros de 20. Por lo tanto, no parece haber una bajada de rendimiento notable por parte de doña Carmen en vista de los datos presentados por la empresa.

Podrían haber aportado la comparativa entre la trabajadora despedida y sus compañeros antes de que esta se encontrara en situación de IT para que realmente se pudiera ver reflejada una diferencia de rendimiento con respecto a sus compañeros, en igualdad de condiciones, pero dado que la prueba aportada contiene los 20 días que la trabajadora faltó al trabajos por estar en situación de IT, no parece haber unas condiciones homogéneas entre trabajadores.

Dado que tampoco se cumple este requisito de comparativa, nos centraremos ahora en ver si se cumplen las principales exigencias del despido por bajada de rendimiento.

⁶⁵ RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido disciplinario*, op. cit., p.10.

⁶⁶ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.947.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Bilbao de 4 de abril [RJ 353/2006].

En primer lugar, atenderemos al requisito de la continuidad. La gravedad del incumplimiento viene determinada principalmente por la continuidad en el bajo rendimiento, puesto que toda conducta reiterada consistente en disminuir el rendimiento laboral se considera grave ya que atenta a la misma causa para la que el empresario ha contratado al trabajador⁶⁸. La apreciación de constante disminución del rendimiento en el trabajo, solo puede tener lugar “*en relación con lapsos de tiempo extensos, reveladores de un perfil en la actitud del trabajador*” (STS de 30 de noviembre de 1987 [RJ 1987,8088])⁶⁹.

El problema que plantea este requisito es determinar cuándo se puede entender como continuado el bajo rendimiento, por lo que se deja en manos del juez que ha de conocer del caso concreto teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto.

La ley no establece un tiempo para determinar que debe ser considerado como continuidad, por lo que es una cuestión que queda en manos del juez. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial tampoco es clara precisando cuanto tiempo se entiende suficiente para constatar que hay continuidad; los tribunales no exigen un tiempo concreto, sino que examinan el caso en concreto teniendo en cuenta todas las circunstancias y en virtud de estas, pueden llegar a considerar procedente un despido por bajada de rendimiento que haya durado meses (STS de 6 de octubre 1987, [RJ 1987,6835], en la que un trabajador de una operadora de teléfono no produjo nada durante tres meses limitándose a realizar llamadas y alguna visita sin conseguir ningún cliente) o incluso semanas o días (STS de 30 de septiembre de 1982, [RJ 1982,5323], en la que un trabajador voluntariamente disminuye su rendimiento habitual en el trabajo durante 5 días alternados; STS de 25 de marzo de 1989 [RJ 1989,1915], en la que un trabajador disminuye su rendimiento en un 50% a lo que era normal en él).

Varias sentencias hacen referencia a un periodo de meses para poder tener un amplio baremo en el que comparar la evolución y rendimiento del trabajador. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana 2681/2008 [RJ 2044/2008], utilizó el término de comparación con otros compañeros de un mismo periodo para valorar si efectivamente el rendimiento estaba por debajo de los umbrales exigidos, y pese a que se constató que en ese periodo habían existido algunos días de ausencia al trabajo por parte del trabajador despedido, el periodo de comparación era de 150 días, por lo que se entendió que 5 meses era un baremo suficientemente amplio para valorar si había existido una bajada de rendimiento y se llegó a la conclusión de que aun teniendo en cuenta esos días de ausencia, la diferencia entre el trabajador despedido y sus compañeros era muy notable, por lo que consideró el despido procedente basándose en el criterio de competencia como prueba de una bajada de rendimiento culpable y continuada en el tiempo⁷⁰.

También tendríamos la STSJ 5873/2003 de Cataluña [RJ 3467/2003] que declara improcedente un despido por no apreciar esa gravedad en la disminución del rendimiento puesto que se produjo por un período de dos meses y no lo consideró suficiente, ya que exige que esa bajada sea habitual y el tribunal considera que no lo es, puesto que no concurre el requisito de continuidad que lo calificaría como grave incumplimiento. Además, en esta sentencia, también se refleja la necesidad de atender al caso en concreto del trabajador y a su sector, puesto que hay mercados laborales que tienen oscilaciones

⁶⁸AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, op. cit. p. 298.

⁶⁹ *Ibid.*, p.299.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, 2681/2008 [RJ 2044/2008] de la Comunidad Valenciana.

en ventas y por lo tanto es entendible que pueda haber un par de meses donde baje el rendimiento⁷¹.

Se trata de un requisito cuya carga de la prueba recae en la empresa, que es quien tiene que demostrar bajo el principio de proporcionalidad, que esa bajada de rendimiento ha perdurado durante el suficiente tiempo para hacerse notable y causando un perjuicio para la empresa, no siendo esta ocasional. Por lo tanto no basta con un descenso esporádico durante unos días. Tampoco es necesario que se trate de una bajada de rendimiento sin interrupción, basta con que se produzca de manera intermitente y continuada por periodos.

Teniendo en cuenta todo esto, podemos afirmar que el despido de doña Carmen no cumple con este requisito, ya que no hay continuidad. La trabajadora coge una baja por incapacidad temporal del día 2 de mayo al día 26 de mayo, y recibe la carta de despido el 22 de mayo. Es decir, el periodo imputable a esta bajada de rendimiento es del 2 de mayo al 26 de mayo, en total 20 días. Para poder valorar si existe continuidad o no hay que atender a las circunstancias de la trabajadora, y en este caso, el 23 de abril, es decir, 10 días antes de tener el accidente que da lugar a su IT, ella y el equipo fueron felicitados por la gran campaña que estaban haciendo, por lo que podemos entender que es un hecho puntual en el cual, la trabajadora ha bajado su rendimiento por estar de baja, pero se puede constatar mediante esta felicitación de la empresa que se trata de un perfil de trabajadora que actúa con la debida diligencia y mientras estuvo trabajando cumplía perfectamente con los objetivos marcados por la empresa, y por lo tanto, con el objeto de su contrato. Así pues, no se cumple el requisito de continuidad, ya que son solo casi 3 semanas de bajada de rendimiento por un hecho aislado, no habitual, y no imputable a la trabajadora. Además, cabe mencionar que no se considera bajada de rendimiento cuando una persona acaba de reincorporarse al trabajo tras una baja, por lo que tampoco tendría sentido que se pueda considerar que hay una bajada de rendimiento durante el periodo en que la trabajadora no puede cumplir con sus obligaciones por una situación de incapacidad temporal justificada por un informe médico.

En segundo lugar, nos centraremos en el requisito de la voluntariedad. Se trata de demostrar que el trabajador ha bajado su rendimiento en el trabajo de manera culpable, es decir, que siendo este perfectamente apto para desarrollar su trabajo, intencionadamente disminuye su rendimiento. Por lo tanto, el término voluntariedad, hace referencia a la imputabilidad, y la disminución al trabajador en los supuestos de dolo y de negligencia por parte del trabajador desprovista de intención de causar daño a la empresa.⁷² La carga de la prueba en este caso, recae sobre el propio trabajador, que es quien tiene que justificar por qué ha existido esa bajada de rendimiento y que no se debe a causas imputables a su conducta, sino por causas ajenas a él y por tanto, sin que se cumpla el requisito de la voluntariedad. En caso de que el trabajador no pueda demostrar que concurre una causa ajena a su voluntad, se presume su culpabilidad (SSTSJ de Madrid de 14 de marzo de 1990, [AS 1315] y Galicia de 28 de julio de 1993, [AS 3427]). Este requisito es muy importante debido a que la culpabilidad es el elemento que permite diferenciar la conducta de bajada de rendimiento que da lugar a un despido disciplinario, de la bajada de rendimiento no culpable, por una ineptitud sobrevenida regulada en el art.52.a) del ET que da lugar a un despido por causas objetivas. Esto es importante si

⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, 5873/2003 de Cataluña [RJ 3467/2003].

⁷² GÁRATE CASTRO, J., *La voluntariedad como nota definitoria del despido por disminución del rendimiento*, RPS, núm. 130, 1981, p. 237.

tenemos en cuenta que el despido disciplinario no da derecho a indemnización, y el despido por causas objetivas sí⁷³.

El que la disminución del rendimiento se deba atribuir a la conducta voluntaria del trabajador no quiere decir que se exija dolo o animo de dañar, sino que el trabajador que muestre falta de celo en el desempeño de su trabajo, también incurrirá en esta causa de despido (STS de 30 de abril de 1976, [RJ 1976, 3231]⁷⁴.

Además, la empresa tiene el deber de avisar a la trabajadora de su bajada de rendimiento para que esta cambie de actitud dando un plazo razonable para que se pueda ver si hay un cambio de actitud por parte del trabajador o en cambio, si hay una clara culpabilidad.

La disminución continuada debe ser imputable al trabajador, y esta puede ser intencionada, derivada de culpa, falta de diligencia o negligencia, en estos casos será el empresario quien tenga la carga de la prueba. No se puede imputar si la disminución deriva de una enfermedad⁷⁵.

Atendiendo al requisito de voluntariedad, podemos ver que tampoco se cumple en el caso del despido de doña Carmen, puesto que esta se encontraba en situación de incapacidad temporal, con informe médico, y por lo tanto no se le puede imputar a ella la bajada de rendimiento, puesto que no concurre el requisito de culpabilidad. La IT es una situación de baja médica reconocida por nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de estar recibiendo asistencia sanitaria y estar impedido para trabajar durante un periodo de tiempo. Se debe a una enfermedad o a un accidente, por lo tanto, en ningún caso se puede entender que es un comportamiento imputable al trabajador, no hay nexo causal.

Por tanto, doña Carmen, sí tiene derecho a ejercitar acciones legales, basándose en que se trata de un despido improcedente, ya que a pesar de que efectivamente hay una bajada de rendimiento, esta no es voluntaria ni continua y por lo tanto no se cumple ninguno de los requisitos del despido disciplinario por bajo rendimiento. Podrá iniciar un acto de conciliación y, con posterioridad, una demanda ante el JS para que se dicte sentencia por la que se declare improcedente el despido, y se proceda, por tanto a su reincorporación en el trabajo o a indemnizarla, a elección de la empresa.

2.1 El despido por enfermedad o incapacidad temporal.

La incapacidad temporal es la situación laboral en que se encuentra el trabajador cuando está imposibilitado temporalmente para trabajar y precisa asistencia sanitaria⁷⁶. Puede venir sobrevenida por una enfermedad común o accidente no laboral, o por enfermedad profesional, o accidente laboral.⁷⁷

⁷³ RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido disciplinario*, op. cit., p.20.

⁷⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, op. cit. p.292.

⁷⁵ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo*, op. cit., p.948.

⁷⁶ VILLAPLANA GARCÍA, M.D, *Absentismo e Incapacidad Laboral*, colección de estudios del Consejo Económico Social del principado de Asturias, Oviedo, 2015, p. 41.

⁷⁷ SALA FRANCO, T Y SALAS BAENA, A., *La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 25.

Los elementos que configuran la incapacidad temporal son cuatro: que haya una alteración de la salud, que requiera una asistencia sanitaria, que implique una incapacidad para el trabajo y que se presuma transitorio⁷⁸.

El artículo 169 del RDL 8/2015, de 20 de octubre, define lo que se entiende por incapacidad temporal: “*Las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación*”⁷⁹.

Se trata de un subsidio que trata de cubrir la falta de ingresos que tiene el trabajador como consecuencia de poder trabajar. Los requisitos para acceder a esta prestación son estar afiliado, en situación de alta o en situación asimilada al alta en el momento en que se produce el hecho causante. Además, en caso de enfermedad común, se ha de tener cubierto un periodo de cotización de al menos 180 días en los cinco años anteriores al hecho causante⁸⁰.

En reconocimiento o denegación de la incapacidad temporal como subsidio compete tanto al INSS como a las Mutuas aseguradoras⁸¹.

El artículo 45 ET establece como causa de suspensión del contrato, en su letra c) la situación de incapacidad temporal de los trabajadores, y el artículo 48 ET establece que al cesar las causas legales de suspensión del contrato, en este caso, la IT, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado. Durante el tiempo de suspensión del contrato, las partes dejarán de tener obligaciones, es decir, el empresario no tendrá que pagar al trabajador y el trabajador no tendrá que acudir a trabajar.⁸²

Es necesario que el trabajador notifique al empresario la situación de incapacidad temporal para que provoque la eficacia suspensiva que se reconoce por la ley y se convierta en un supuesto suspensivo que justifique las ausencias al trabajo. Presentando los partes de baja, el empresario sabrá de la involuntariedad de sus ausencias, el tiempo que se prevé que va a estar incapacitado para acudir al trabajo y que está recibiendo asistencia sanitaria⁸³.

Pues bien, en este supuesto se da por hecho que la empresa sabía que Doña Carmen estaba en situación de IT, puesto que la causa de despido es una bajada de rendimiento y no una ausencia injustificada al trabajo. Entonces, si estar en esta situación de IT, produce la suspensión del contrato y por lo tanto anula las obligaciones de ambas partes, parece claro que durante este periodo no se le puede exigir ningún tipo de rendimiento a la trabajadora, ya que ni la empresa le está pagando, ni ella puede ir a trabajar para obtener un rendimiento.

Este hecho confirmaría que en la comparación que hace la empresa del rendimiento de Doña Carmen con los demás trabajadores no está hecho en las condiciones

⁷⁸ BARBA MORA, A. *Incapacidad Temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 17.

⁷⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, art.169.

⁸⁰http://www.seg-social.es/Internet_1/PortalEducativo/Profesores/Unidad3/Cuadroaccionprotectora/Incapacidadtemporal/index.htm

⁸¹ BARBA MORA, A. *Incapacidad Temporal*, op. cit, p.93.

⁸² Art. 45 y 48 del ET.

⁸³ http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_16_1.htm

de igualdad que exige la ley, puesto que los demás trabajadores han tenido 20 días más para realizar la venta de los servicios de telefonía y así aumentar su rendimiento.

Por lo que a través de estos datos, sabiendo que la empresa conocía esta situación de IT y que a través de los partes, quedaría reflejado que no existe una voluntariedad de la trabajadora en las faltas de trabajo, y por lo tanto, en la bajada de rendimiento, parece claro pensar que se trata de un despido por estar en situación de IT, encubierto bajo el despido disciplinario por bajada de rendimiento, asique de cualquier modo sería declarado improcedente.

Como muestra de que a pesar de que se constate un bajo rendimiento en la actividad del trabajador, si este está en situación de incapacidad temporal se declarará improcedente el despido, tenemos la STSJ de Cataluña 1992/2016, de 4 de abril, donde se declara improcedente un despido de un trabajador con fuertes dolores de espalda que se manifiestan de manera recurrente, y que ha causado baja en varias ocasiones por situación de IT y donde la empresa demuestra que existe una bajada de rendimiento efectiva y a mayores que comparando su rendimiento con el de los demás trabajadores, este es mucho menor. El tribunal considera improcedente este despido, ya que por mucho que la comparativa demuestre que hay una bajada de rendimiento, esta no es voluntaria ni culpable ya que el trabajador tiene impedimentos para realizar la actividad laboral en condiciones de igualdad con sus compañeros, por lo tanto, no se da la situación de homogeneidad en la comparativa presentada por la empresa.⁸⁴

Así, extrapolando esta sentencia al despido de Doña Carmen, no es procedente ya que la trabajadora se encuentra en una situación de IT que justifica su bajada de rendimiento.

3. DESPIDO DON AGUSTÍN RAMÍREZ

En el caso de don Agustín, concluimos que se trataba de un despido objetivo por faltas de asistencia justificadas e intermitentes al trabajo.

Para ver si este despido es procedente, debemos atender a lo dispuesto en el art. 52.d) del ET. El supuesto nos dice que las faltas del trabajador tienen lugar a lo largo de cuatro meses, por lo que estamos debemos ver si don Agustín supera el veinticinco por ciento de faltas en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

En primer lugar, las faltas están justificadas y tienen lugar a lo largo del mismo año, 2017, en los meses de octubre, noviembre, marzo y abril, por lo que si nos encontramos ante ausencias producidas en cuatro meses discontinuos.

El 25% de las jornadas laborales es igual a 22 días, es decir, que lo máximo que puede faltar el trabajador de manera justificada en 4 meses, son 21 días; en caso de haber faltado 22 o más días, aún con baja médica justificada, será motivo de despido objetivo⁸⁵.

Don Agustín, faltó en total 21 días, sobre las 80 jornadas que le correspondía trabajar, por lo tanto vemos que no cumple con el requisito para que sea considerado despido procedente.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 1992/2016 de 4 de abril.

⁸⁵ Art.52 del ET.

Además, el art. 52.d) del ET dice que no se computarán a estos efectos las faltas por tratamiento de cáncer⁸⁶, y don Agustín, justificó dos días de ausencia por recibir un tratamiento contra el cáncer, por lo que en realidad, solo computan a los efectos de faltas justificadas que pueden ser motivo de despido objetivo, 19 días de ausencia. Por tanto, el despido de este trabajador es improcedente.

Aun en el caso de que restando las faltas por tratamiento de cáncer, alcanzase el límite del 25%, la ley establece que no computarán las faltas derivadas de enfermedad grave⁸⁷, por lo que se podría estudiar si el cáncer que padece el trabajador podría justificar alguna de sus anteriores ausencias, como los 4 días previos al tratamiento con dolores de cabeza y vómitos.

Las faltas por proceso de incapacidad temporal en este caso sí computan, porque no son superiores a los 20 días que marca la ley.

En cuanto a los requisitos de forma en el despido por causas objetivas que establece el art. 53 del ET, es necesario que se comunique el despido al trabajador motivando la causa de extinción del contrato por escrito, para que este tenga pleno conocimiento de los hechos que motivan su despido y así pueda oponerse a este con todas las garantías⁸⁸. Además, en este caso se trata del supuesto del art. 52.d) del ET por faltas de asistencia al trabajo, por lo que se requiere que se detalle cada una de las faltas⁸⁹. En caso de que el empresario falte a este requisito, el despido será declarado nulo⁹⁰.

En este caso, a don Agustín, se le notifica el despido a través de una carta expresando que el motivo es no haber acudido al trabajo y detallando los días en que se ha producido la falta, por lo tanto, si se cumple este requisito de forma necesario para que pueda ser procedente el despido.

Otro de los requisitos es la concesión de un plazo de preaviso y una licencia para buscar un nuevo empleo. La falta de cumplimiento de este requisito no implica la nulidad del despido, sino que da derecho a una indemnización⁹¹ que veremos en el siguiente capítulo con más detalle. No sabemos con los datos aportados, si ha tenido lugar el preaviso y la licencia.

Y por último, en lo que respecta a requisitos formales, es necesaria la entrega de la indemnización correspondiente por despido (véanse las SSTs de 24 de febrero de 2014 [3152/2012], 23 de abril de 2001 [1915/2000] y 9 de julio de 2013 [2863/2012] y el supuesto en este caso tampoco dice nada al respecto de esta, por lo que en caso de que no la hubiera percibido, el despido sería improcedente (STSJ de Asturias, 2617/2011 de 14 de octubre [2290/2011]).

Por lo tanto, don Agustín debe emprender acciones legales, puesto que a la vista del artículo 52.d) del ET el despido de don Agustín es improcedente, y debe ser readmitido en su puesto de trabajo o indemnizado, a decisión de la empresa.

⁸⁶ Art.52 del ET.

⁸⁷ Art.52 del ET.

⁸⁸ RIERA VAYREDA, C., *La forma en el despido objetivo*, Edersa, Madrid, 1998, p.17-19.

⁸⁹ *Ibid.*, p.24-25.

⁹⁰ *Ibid.*, p.16.

⁹¹ Art.53 del ET.

4. DESPIDO DON SERGIO GÁMEZ

En el caso del despido de don Sergio, concluimos que se trataba de un despido objetivo por abstinencia al trabajo.

Nada dice el supuesto de que las faltas sean justificadas, tan solo hace referencia a que la causa de despido es por absentismo.

No existe una definición oficial de lo que se entiende por absentismo laboral, pero la mayoría de los estudios entienden que se trata de faltas de asistencia al trabajo, durante la jornada establecida, por razones legalmente justificadas o sin justificar, e intermitentes⁹².

Lo que hace la ley, es excepcionar del cómputo de absentismo determinadas faltas justificadas, pero no establece que para hablar de absentismo no puedan incluirse las faltas injustificadas⁹³.

Debemos atender a lo dispuesto en el art. 52.d) que establece que el trabajador que alcance el veinte por ciento de faltas en dos meses consecutivos de jornadas hábiles, podrá ser despedido siempre y cuando el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de jornadas hábiles⁹⁴.

En este caso, Don Sergio tiene un porcentaje del 54% de absentismo, por lo que supera ese 20% establecido por el artículo. Sin embargo, nada dice sobre faltas de asistencia al trabajo en los doce meses anteriores, por lo que no cumple con el requisito de que tenga un 5% de faltas en las jornadas hábiles de los doce meses anteriores, por lo tanto no se da la causa, y el despido es improcedente.

En cuanto a los requisitos de forma citados en el supuesto del trabajador anterior, son los mismos, ya que ambos se tratan de un despido objetivo. En este caso, a Don Sergio, se le comunica la rescisión de su contrato por faltar al trabajo en un 54% de sus jornadas laborales. No se nos dice como se le notifica por lo que no podemos saber si es por escrito, y tampoco le detallan los días que ha faltado al trabajo en cada mes, pero sí que ha sido en los meses de febrero y marzo, por lo que sí parece que quede claro el motivo de despido⁹⁵.

Otro de los requisitos es la concesión de un plazo de preaviso y una licencia para buscar un nuevo empleo. La falta de cumplimiento de este requisito no implica la nulidad del despido, sino que da derecho a una indemnización que veremos en el siguiente capítulo con más detalle. Teniendo en cuenta los datos aportados en el caso, no sabemos si ha recibido el preaviso y disfrutado de la licencia⁹⁶.

Y por último, en lo que respecta a requisitos formales, es necesaria la entrega de la indemnización correspondiente por despido, y el supuesto en este caso tampoco dice

⁹² SALA FRANCO, T., El Régimen jurídico de las ausencias al trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.18 y VILLAPLANA GARCÍA, M.D, *Absentismo e incapacidad laboral*, op. cit. p.29.

⁹³ PEDRAJAS MORENO, A. Y SALA FRANCO, T. *Ausencias al trabajo y absentismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.24.

⁹⁴ Art.52 del ET.

⁹⁵ Art.53 del ET.

⁹⁶ Art.53 del ET.

nada al respecto de esta, por lo que en caso de que no la hubiera percibido, el despido sería improcedente⁹⁷.

En definitiva, el despido de don Sergio es improcedente por no cumplir con el requisito establecido por el art. 52.d) del ET y debe ser readmitido en su puesto de trabajo o indemnizado, a decisión del empresario.

5. CONCLUSIONES

En este capítulo, se trataba de aplicar la teoría del anterior capítulo a cada trabajador para ver si se cumplían los requisitos de cada despido y determinar así si proceden o no.

En el caso de doña Carmen, se trata de un despido improcedente, dado que no se cumple ninguno de los requisitos del despido disciplinario por bajada de rendimiento. En primer lugar, consideramos que el término comparativo aportado por la empresa no es válido ya que sus compañeros no están en situaciones de homogeneidad con la trabajadora despedida, puesto que han tenido muchos más días para aumentar su rendimiento; tampoco se puede imputar la bajada de rendimiento a la trabajadora, dado que se encontraba en situación de baja médica por incapacidad temporal y esta suspende el contrato, por tanto no le era exigible un rendimiento, y teniendo en cuenta el perfil de la trabajadora, que días antes del accidente había sido felicitada por su gran desempeño no parece ser una conducta voluntaria, y por último, tampoco se considera que haya una bajada de rendimiento continua, ya que la baja tan solo dura 24 días y no parecen suficientes para establecer que se trata de una bajada de rendimiento que perjudique tanto a la empresa ni un hecho tan grave, debido a la involuntariedad de la trabajadora.

En el caso de don Agustín, se trata de un despido improcedente ya que no alcanza el 25% de las faltas requeridas por el ET, teniendo solo 21 y a efectos de cómputo, 19 sobre 80 jornadas.

En el caso de don Sergio, se trata de un despido improcedente por no alcanzar el cómputo del 5% de faltas en los 12 meses anteriores.

⁹⁷Art.53 del ET.

CAPÍTULO III

INDEMNIZACIONES POR DESPIDO Y DERECHO A LA REINCORPORACIÓN AL PUESTO DE TRABAJO

1. ANTECEDENTES

En este capítulo uniremos el tema de las indemnizaciones por despido y el derecho a exigir la reincorporación al puesto de trabajo ya que están relacionados. Así, una vez hemos calificado cada uno de los despidos de los trabajadores, analizaremos si alguno de ellos tiene derecho a una indemnización por haber sido despedido o si por el contrario tienen derecho a ser reincorporados en su puesto de trabajo.

1.1 Proceso laboral ordinario.

Todo trabajador que ha sido despedido tiene derecho a recurrir la decisión de la empresa por medio del proceso laboral ordinario. Esta expresión existe desde la primera LPL de 1958⁹⁸.

Dispondrán de un plazo de veinte días hábiles, excluidos sábados, domingos y festivos, a contar desde el día siguiente a la recepción de la carta de despido, para interponer un acto de conciliación ante el Servicio administrativo de mediación, arbitraje y conciliación (SMAC), e intentar alcanzar una solución con CONTRATOPHONE, S.A., y así evitar ir a juicio. Durante este periodo no se suspenderá el cómputo del plazo de caducidad para presentar la reclamación ante el JS. En el caso de que el trabajador despedido no consiga llegar a un acuerdo satisfactorio con la empresa y ser readmitido en su puesto de trabajo podrá acudir a la vía judicial, y en este caso dispondrá de 20 días, desde la recepción de la carta de despido, restando los días transcurridos hasta la presentación de la papeleta de conciliación para presentar la demanda ante el JS competente territorialmente. Podrá interponerla por sí mismo, o bien representado o asesorado por un abogado, procurador, graduado social o sindicato. La demandará deberá ir acompañada de los escritos relativos a los trámites previos, es decir, de la propuesta de conciliación. Una vez presentada, el juez competente debe proceder a la admisión de la demanda y señalará el día y hora en que tendrán lugar el acto de conciliación judicial y en su caso, el juicio y citará al demandado. Una vez llegado el día señalado, en caso de no conseguir llegar a un acuerdo en la conciliación previa, se celebrará el juicio. En primer lugar se le concede la palabra al demandante para que se ratifique en su demanda, y en segundo lugar, tiene la palabra el demandado, para que conteste a la demanda. En tercer lugar se procederá a la práctica de pruebas, y en cuarto lugar se les concederá de nuevo la palabra para que realicen sus conclusiones. El Juez dictará sentencia en el plazo de 5 días y esta será notificada a las partes en los 2 días siguientes⁹⁹.

1.2. Indemnizaciones por despido.

La indemnización opera por una presunción legal *iuris et de iure* de que la ruptura del vínculo laboral produce daños y perjuicios al trabajador. Esta puede ser mejorada a través de un pacto individual. Por tanto, se apoya en que el trabajador debe ser compensado por los daños que le causa la pérdida del puesto de trabajo, que no se sustenta

⁹⁸ ARUFE VARELA, A. *et al.*, *Derecho del Trabajo*, *op. cit.* p.555.

⁹⁹ RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 25, 26, 27, 29, 30, 31, 38 y ARUFE VARELA, A. *et al.*, *Derecho del Trabajo*, *op. cit.* p.555-567.

en el incumplimiento de sus obligaciones laborales, sino en la concurrencia de circunstancias externas (objetivas) ajenas a él, que justifican la rescisión¹⁰⁰.

2. DOÑA CARMEN, DON AGUSTÍN Y DON SERGIO

Los tres trabajadores están en situación de despido improcedente, y por lo tanto los tres tienen derecho a exigir una indemnización.

Una vez acudan al proceso laboral ordinario y se haya dictado la sentencia que declare improcedente el despido, el empresario tendrá un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, para decidir entre la readmisión del trabajador o la indemnización.

La elección corresponde al empresario dado que se trata de un despido improcedente, y ninguno de los trabajadores es un representante legal de los trabajadores ni delegado sindical¹⁰¹. Por lo tanto, como en este caso ninguno de los tres trabajadores está en estos supuestos, no tienen derecho a exigir que se les reincorpore a su puesto de trabajo y la decisión recaerá sobre el empresario, quien decidirá si los readmite o los indemniza.

En caso de readmisión, deberá llevarse a cabo en las mismas condiciones que regían antes de que se produjera el despido (STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1999)¹⁰².

En caso de que el empresario elija indemnizar al trabajador, deberá abonarle una cantidad en los términos que establece el artículo 56.1 del ET, es decir, una cantidad 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. Cabe destacar que la norma habla de años de servicio y no de antigüedad, por tanto, salvo pacto expreso entre la empresa y el trabajador, de tener en cuenta esos años de antigüedad que pudiera tener el trabajador en otra empresa, estos no computarán a la hora de calcular la indemnización (STS de 8 de marzo de 1993, [RJ 1993, 1712]). También se excluye del cómputo, el tiempo transcurrido en excedencia voluntaria, no siendo considerado tiempo de servicio a estos efectos (STS de 10 de julio de 1989 [RJ 1989, 5442]). Y lo mismo ocurre con el periodo de tiempo transcurrido sin trabajar por excedencia forzosa, tampoco se tiene en cuenta para calcular la indemnización por despido (SSTS de 30 de junio de 1997 [RJ 1997, 4950] y 26 de septiembre de 2001 [RJ 2002,322])¹⁰³. Esta opción de indemnización conlleva la extinción del contrato de trabajo que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, en virtud del art.56.1 del ET¹⁰⁴.

En el caso de que el empresario no elija en el plazo de 5 días entre la readmisión y la indemnización, se entenderá que procederá la primera, es decir, la readmisión del trabajador en su anterior puesto de trabajo, en virtud del artículo 56.3 del ET¹⁰⁵.

¹⁰⁰ MARÍN MORAL, I., *La indemnización por despido*, Thomson (Aranzadi) Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 71-72.

¹⁰¹ RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido disciplinario*, op. Cit., p.40.

¹⁰² *Ibid.*, p.40.

¹⁰³ MONTOYA MELGAR, A et al., *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 207-208.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.210.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 208.

En caso de que la readmisión no sea posible, por ejemplo por desaparición de la empresa, corresponderá al órgano judicial acordar a solicitud del trabajador demandante que se tenga por elegida la opción de indemnización en la propia sentencia, obligando al empresario a abonar la cantidad resultante del despido improcedente¹⁰⁶.

En el caso de doña Carmen, se trata de un despido disciplinario, por lo que si este hubiera sido procedente no tendría derecho a una indemnización.¹⁰⁷

En el caso de don Agustín, se trata de un despido objetivo que requiere de un plazo de preaviso de quince días desde la comunicación de la rescisión hasta la extinción de su contrato, que podrá hacerse de forma expresa o tácita (art. 53.1.c) del ET) así como de la concesión de una licencia de 6 horas semanales sin pérdida de retribución económica para la búsqueda de un nuevo empleo (art. 53.2 del ET). El supuesto de hecho no dice nada sobre la existencia de un preaviso ni una licencia al trabajador, la inexistencia de este requisito, no produce la nulidad del despido, puesto que se considera un requisito auxiliar; pero si da derecho a que al trabajador le sean abonados los salarios correspondientes a esos 15 días. Es decir, en el caso de que no existiera este preaviso por parte de la empresa, don Agustín, tendría derecho a recibir como compensación, 15 días de sueldo, por lo que el incumplimiento de este requisito lo único que comporta para la empresa es una sanción económica, pero el despido sigue adelante. En lo que respecta a la no existencia de la licencia de 6 horas semanales para la búsqueda de empleo, la ley no establece si se ha de abonar esta cuando se abona en metálico el sueldo de los 15 días de preaviso, pero parece evidente, que si vas a recibir el salario correspondiente a 15 días sin haber tenido que trabajar, ya se entienden satisfechos dentro de esta sanción los salarios que corresponderían por las 6 horas semanales y por lo tanto no debería abonarse ningún dinero a mayores. Además, en el caso de que el despido sea declarado improcedente o nulo, y el trabajador fuera readmitido, por decisión de la empresa, no existe obligación de devolver la cantidad recibida en concepto de preaviso (art.123.2 de la LPL). Y en el caso de que el trabajador fuera indemnizado, tampoco podría descontarse lo recibido de la indemnización por extinción del contrato (art.123.4 de la LPL)¹⁰⁸.

Además, otro de los requisitos formales y necesarios para que el despido sea procedente es efectuar la entrega de la indemnización por despido (art. 53.1.b) del ET), que correspondería a 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año con un máximo de hasta doce mensualidades. Se entenderá por satisfecho este requisito cuando se cifre con precisión la cantidad puesta a disposición al trabajador y se señale el lugar al que debe acudir éste para proceder a su cobro, y finalmente, que la puesta a disposición sea efectivamente realizada y no meramente alegada en la carta de despido. El supuesto tampoco aporta información sobre la aportación de esta indemnización, por lo que en caso de que esta no se hubiera realizado, el despido sería improcedente.

En el caso de Don Sergio, ocurre lo mismo que con Don Agustín, se trata de un despido objetivo, y por lo tanto tiene derecho a un preaviso de 15 días y a una indemnización. El supuesto tampoco dice nada al respecto de si la empresa cumplió con estos dos requisitos, por lo que al igual que en el caso del trabajador anterior, de no haber sido así tendría derecho a recibir la compensación económica de los 15 días de sueldo del preaviso, y en el caso de la indemnización, de no haberla recibido, sería improcedente.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.209.

¹⁰⁷ Art. 55 del ET.

¹⁰⁸ RIERA VAYREDA, C., *La forma en el despido objetivo*, op. cit. p.58-67.

El caso de Don Sergio también es peculiar por ser este parte de una sección sindical, teniendo condición de “afiliado”, ya que de haber sido despedido disciplinariamente, en virtud del art.55.1 del ET, “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”, y en caso de no cumplirse este requisito el empresario tendría que realizar un nuevo despido cumpliendo con el requisito de audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical de CGT, el sindicato al que pertenece el trabajador, teniendo derecho a cobrar los salarios devengados en los días intermedios del despido (art.55.2 del ET)¹⁰⁹.

Por último, hay que mencionar que en el caso de que los trabajadores hubieran sido despedidos por razón de su enfermedad, es decir, tratándose de un despido discriminatorio, el despido sería considerado nulo y por lo tanto tendrían derecho a ser reincorporados a su puesto de trabajo; pero no se da el caso de discriminación, ya que no es una enfermedad duradera, sino común¹¹⁰.

Determinar si se trata de un despido por discriminación es un tema difícil. La jurisprudencia no es clara al respecto de si se debe declarar nulo o improcedente un despido por discriminación por razón de enfermedad, ya que por un lado, el TSJ de Cataluña, dictó una sentencia el 8 de octubre de 2009, en la que estableció que como la enfermedad es algo inherente a todo ser humano y no a un colectivo de personas, no se podía considerar en ningún caso que quepa la discriminación, por lo tanto el despido sería improcedente. También el TS, en su sentencia del 3 de mayo de 2016, se pronunciaba declarando que el despido no podía ser nulo por razón de discriminación en términos similares a la sentencia anterior del TSJ, y además decía que la razón del despido era poder sustituir al trabajador para garantizar la productividad de la empresa.

La Directiva 2000/78 CE establece que si la enfermedad no supone ninguna limitación especial, no procede el despido nulo, ya que no se interpreta como discapacidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, resolvió una cuestión prejudicial concluyendo que el concepto de discapacidad no es extensible a la enfermedad, es decir, que una persona despedida por el empresario a causa exclusiva de enfermedad, no está incluida en la directiva de discriminación por enfermedad.

Sin embargo, el TJUE, dio un giro en la sentencia del 11 de abril de 2013, equiparó determinadas enfermedades con la discapacidad, ya que hay enfermedades comunes que son duraderas y por lo tanto, dejan al trabajador en una situación de desprotección con respecto al resto de trabajadores, puesto que aunque se reincorporen a su puesto de trabajo, pueden volver a tener que coger una baja por enfermedad por el mismo motivo en cualquier momento, y además hay algunas que dejan dolores crónicos que impiden al trabajador realizar su labor en igualdad de condiciones con sus compañeros.

El TJUE en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, entendió que la obesidad de un empleado puede ser considerada como discapacidad ya que acarrea una limitación de larga duración que imposibilita al trabajador para el ejercicio normal de la actividad profesional, y está cubierta por la Directiva 2000/78CE.

¹⁰⁹ GARCÍA NINET, J.I. (Dir), *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 954.

¹¹⁰ RIERA VAYREDA, C., *El despido nulo*, Tirant, Valencia, 1999, sobre la nulidad por violación de derechos fundamentales, p.161-181.

Y por último, el TJUE, en una sentencia de 1 de diciembre de 2016, estableció que si la lesión es previsiblemente duradera podría ser considerada como discapacidad y por lo tanto nula.

Otro caso, es el ocurrido en Barcelona, llevado por el JS, número 33, que declaró nulo el despido de una trabajadora que estando en situación incapacidad temporal, debido a un latigazo cervical, alegando que este vulneraba los art.14, 15 y 24.1 de la Constitución Española (CE). La empresa lo recurrió, y el TSJ de Cataluña calificó el despido como improcedente, ya que no vulneraba ningún derecho fundamental del trabajador.

3. CONCLUSIONES

En este último capítulo se trata de determinar si los trabajadores tienen derecho a recibir alguna indemnización o a ser reincorporados a su puesto de trabajo.

En resumen, el despido disciplinario no lleva aparejada ninguna indemnización si es procedente; sin embargo, el despido objetivo, sí, y además es un requisito de forma que el empresario debe cumplir.

En el caso de doña Carmen, como se trata de un despido disciplinario improcedente, tiene derecho a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades (art.56.1 del ET). Y no tiene derecho a exigir ser readmitida en la empresa, ya que esta decisión corresponde al empresario, quien debe elegir en el plazo establecido entre la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o una indemnización.

En el caso de don Agustín, como se trata de un despido objetivo improcedente, tendrá derecho a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades (art.56.1 del ET). Y aunque fuera procedente, también tendría derecho a la indemnización correspondiente por despido objetivo, es decir, un finiquito, que se calculará a razón de 20 días por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un límite máximo de 12 mensualidades (art. 53.1.b) del ET). Y no tiene derecho a exigir ser readmitido en la empresa, ya que esta decisión corresponde al empresario, quien debe elegir en el plazo establecido entre la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo o una indemnización.

En el caso de don Sergio, al igual que en el supuesto anterior, como se trata de un despido objetivo improcedente, tendrá derecho a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades (art.56.1 del ET). Y aunque fuera procedente, también tendría derecho a la indemnización correspondiente por despido objetivo, es decir, un finiquito, que se calculará a razón de 20 días por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un límite máximo de 12 mensualidades (art. 53.1.b) del ET). Y no tiene derecho a exigir ser readmitido en la empresa, ya que esta decisión corresponde al empresario, quien debe elegir en el plazo establecido entre la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo o una indemnización.

CONCLUSIONES FINALES

Una vez hemos analizado todas las cuestiones jurídicas planteadas en el caso, procederemos a extraer las conclusiones finales del trabajo.

El análisis del caso se centra en examinar las bajas por enfermedad de los trabajadores que daban lugar a un despido, principalmente por absentismo laboral.

Con base a un antiguo documento de trabajo, elaborado por una ponencia constituida en el seno del extinguido Instituto Nacional de Previsión, se llega al concepto de absentismo laboral. Se entiende que es toda ausencia del trabajo, justificada o no, computable por la diferencia cronológica entre los tiempos de trabajo contratados y los efectivamente realizados¹¹¹. Es decir, la diferencia entre horas pactadas en el contrato y las efectivamente realizadas. Por lo tanto, absentismo, son las ausencias al trabajo en jornada laboral, o como recogía el Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva de 1980, “la no presencia del trabajador en el puesto de trabajo”.¹¹²

Si analizamos las causas de absentismo en España, se entiende que se debe a bajas por enfermedad, bajas por accidentes de trabajo, permisos retribuidos, faltas no justificadas, huelgas, etc. (ver anexo IV).

El absentismo laboral es un tema muy controvertido en los últimos años. Por un lado, debido al gran gasto en prestaciones que suponen las bajas por incapacidad temporal para las mutuas y la seguridad social (ver anexo V) y, por otro lado, por la mella que causa en las empresas que sus trabajadores dejen de acudir a trabajar durante tantos días, al producirse un descenso del rendimiento en la actividad empresarial y suponer una gran dificultad para los empresarios contratar nuevo personal cualificado para cubrir bajas temporales, generalmente muy cortas, y tener que pagar también las cuotas de la seguridad social de los trabajadores en situación de IT, lo que supone un gran coste para estos. Es decir, el absentismo laboral provoca consecuencias negativas tanto para el Estado como para las empresas, por lo que es un tema que tiene especial relevancia legislar, estableciendo criterios para reducirlo y medidas para su control, como así dispusieron sindicatos y empresarios en el III acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015-2017.

Suiza y España son punteras en niveles de absentismo altos desde 1960 hasta 2009, con un promedio de casi 11 días perdidos por trabajador y año (ver tabla anexo I).

La tasa de absentismo en España presenta una clara evolución muy diferenciada por períodos: entre 2000-2007, aumenta fuertemente de un 3,7% a un 4,95%; de 2008 a 2011, se estabiliza en torno al 4,7%; de 2012-2013, registra un descenso al 4,3% y 4,1%; de 2014-2016, repunta hasta el 4,4%, 4,7% y 4,88% (ver tablas anexos II, III y IV). De estas cifras, se puede concluir que el absentismo irregular asociado a bajas por IT durante los años de fuerte expansión desapareció en su totalidad en la fase de recesión económica (2001-2007), la leve subida del absentismo en 2014, respondería a una estabilización normal y saludable, como se analizó en el IV Informe Adecco sobre Absentismo; y el

¹¹¹ RIBAYA MALLADA, F.J., *La gestión del absentismo laboral*, Montecorvo, Madrid, 1996, p.113.

¹¹² RIBAYA MALLADA, F.J., *La gestión del absentismo laboral*, op. cit., p.114.

repunte de 2015 y 2016, responderían a una causa múltiple por características macroeconómicas, microeconómicas y sociolaborales.¹¹³

La causa más común del absentismo laboral es la baja por incapacidad temporal por enfermedad. Una de las reformas que se llevó a cabo para facilitar el despido en estos casos fue la introducción del despido por causas objetivas, donde se estableció la posibilidad de que los empresarios pudieran rescindir los contratos aun en situaciones de faltas justificadas, a cambio de una indemnización al trabajador por los daños y perjuicios causados. De esta manera, se mejoró la situación de las empresas, que pueden despedir a los trabajadores en esta situación y contratar a otro para que lo sustituya definitivamente, y además, como la indemnización se calcula en torno al tiempo trabajado, suele resultar más económico indemnizar al trabajador que pagar su cuota en la seguridad social y tener que contratar y formar a un sustituto durante el tiempo de baja. Por otro lado, favoreció el empleo precario, empeorando la situación del trabajador que ha visto como las leyes le han dejado en una situación de desprotección frente al despido (ver anexo III).

Así, con esta reforma de la ley, se podría despedir a trabajadores que faltasen de manera intermitente por enfermedad justificada por informe médico un número de días marcado por la ley, siempre y cuando no se tratara de una IT con baja superior a 20 días, en cuyo caso el despido sería improcedente.

Los tres casos de este trabajo se tratan realmente de un despido por razón de enfermedad.

En el primer caso no se demuestra el despido disciplinario, ya que es evidente que a una persona en situación de IT no se le puede exigir un rendimiento, al encontrarse el contrato suspendido, pero no podían calificarlo como despido objetivo porque la trabajadora se encontraba en situación de IT con baja superior a 20 días, asique lo calificaron como disciplinario. Pero se trata de un despido improcedente a todos los efectos, ya que el verdadero motivo, sin duda es la baja por enfermedad, es decir, el estar en situación de IT, lo que supone una molestia para la empresa, que debe mantener el contrato de la trabajadora, y contratar a alguien para que le sustituya mientras persista esta situación.

En los dos siguientes, directamente atribuye la causa de despido a las faltas de asistencia al trabajo, ya que se trata de bajas no superiores a 20 días, que a pesar de ser justificadas por razones de enfermedad, a la empresa le reportan un efecto negativo que no le compensa, por lo que pueden calificarlo como despido objetivo. Pero tampoco se cumplen los requisitos del despido objetivo, por lo que también se trataría de despidos improcedentes.

A pesar de que la verdadera causa de los despidos es la enfermedad, no son nulos porque no se trata de despidos discriminatorios. Es decir, la empresa no los despide con la finalidad de segregar a los trabajadores por tener una enfermedad, sino por el hecho de que el trabajador en ese momento no se encuentra en facultades de trabajar y esa situación no resulta rentable a la empresa por los motivos explicados anteriormente¹¹⁴.

En este sentido, la STC 62/2008, de 26 de mayo, establece que el hecho de estar en situación de IT no implica directamente que el despido sea improcedente, si la razón

¹¹³ INFORME VI ADECCO SOBRE ABSENTISMO

<http://www.adeccorientaempleo.com/webwp/wp-content/uploads/2017/06/VI-Informe-de-Absentismo.pdf>

¹¹⁴ TOLEDO OMS, A., *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 227.

de extinción del contrato no es la situación de incapacidad temporal, es decir, si no se produce una discriminación. El tribunal considera que como la situación de discapacidad es transitoria, no hay discriminación, ya que es una situación reversible.

En síntesis, el caso analizado contiene tres despidos por razón de absentismo laboral por enfermedad que se amparan en un despido disciplinario y dos objetivos, pero no cumplen con los requisitos establecidos por la ley para ser declarados procedentes, y por lo tanto, se trata de despidos improcedentes, que llevan aparejada su indemnización o su readmisión al puesto de trabajo, a elección del empresario. Y no se trata de despidos nulos porque no concurre causa de discriminación, ya que la causa real de despido es el perjuicio que supone para el empresario mantener el contrato de estos trabajadores, pero no segregarlos por dicha enfermedad, y además se trata de enfermedades transitorias.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R., Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Aranzadi, Pamplona, 1997.

ARUFE VARELA, A. Y OTROS, Derecho del Trabajo, Netbiblo (Gesbiblo S.L.), 2006.

BARBA MORA, A. Incapacidad Temporal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J.I., El despido disciplinario y sus causas, Comares, Granada, 2001.

GÁRATE CASTRO, J., La voluntariedad como nota definitiva del despido por disminución del rendimiento, RPS, núm. 130, 1981.

GARCÍA NINET, J.I. (Dir), Derecho del Trabajo, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GOMEZ ABELLEIRA. F.J., La causalidad del despido disciplinario, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MARÍN MORAL, I., La indemnización por despido, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

MELLA MÉNDEZ, L., La formalización del despido disciplinario, Comares, 1999, Granada.

MERCADER UGUINA, J.R., Lecciones de Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MONTOYA MELGAR, A, Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2014.

PEDRAJAS MORENO, A. Y SALA FRANCO, T. Ausencias al trabajo y absentismo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

RIBAYA MALLADA, F.J., La gestión del absentismo laboral, Montecorvo, Madrid 1996.

RIERA VAYREDA, C., La forma en el despido objetivo, Edersa, Madrid, 1998.

RIERA VAYREDA, C., El despido nulo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

RUBIO DE MEDINA, M.D., El despido disciplinario, Bosch, Barcelona, 2000.

SALA FRANCO, T., El Régimen jurídico de las ausencias al trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

TOLEDO OMS, A., El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

VILLAPLANA GARCÍA, M.D, Absentismo e Incapacidad Laboral, colección de estudios del Consejo Económico Social del principado de Asturias, Oviedo, 2015.

REPERTORIO NORMATIVO

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.

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

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

Ley 26/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

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

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 2002, [RJ 2002, 2352].
- Sentencia del Tribunal Constitucional de mayo de 2007 [RJ 2007, 5084].
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de julio de 1994.
- Sentencia del Tribunal supremo de 17 de septiembre de 1990, [RJ 1990, 7013].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 26 de septiembre de 1995 [AS 1995, 3233].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de mayo de 1996, [AS 1996, 634 y 1662].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 4 de abril de 2006 [RJ 353/2000].
- Sentencia del Tribunal Supremo de Cataluña de 15 de enero de 2005 [AS 2005, 266].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, [RJ 2007, 9327].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1990 [RJ 1990, 1128].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2008, [RJ 2861, 2007].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010, [RJ 842/2010].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Baleares, 15 de enero de 1999 [RJ 527, 1999].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 4 de enero de 1990 de Madrid.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1986.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 636/2012, de 19 de septiembre de Madrid.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1990, [RJ 1128].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de abril de 1997 [AS 1398].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1988.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Bilbao [RJ 353, 2006].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8088].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6835].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1989 [RJ 1982, 5323].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1989 [RJ 1989, 1915].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 2681/2008 de la Comunidad Valenciana [R 2044/2008].
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 5873/2003 de Cataluña [R 3467, 2003].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 1910 [AS 1315].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de julio de 1993 [AS 3427].

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1976 [RJ 1976, 323].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 [RJ 1993, 1712].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 10 de julio de 1989 [RJ 1989, 5442].

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 [RJ 199, 4950].

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001 [RJ 2002, 322].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de octubre de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2006, (Asunto C-13/05).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, (Asunto C-354/13).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 1 de diciembre (Asunto CE-395/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014 [3152/2012].

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2001 [1915/2000].

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2013 [2863/2012].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 2617/2011 de 14 de octubre [2290/2011].

Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo.

ANEXO I

BAJAS LABORALES (promedio de días perdidos por trabajador y año)

	Promedio 1960-1993	Promedio 1994-2008	Promedio 2009-2013	Media	Tendencia	Desv. Típica	Desv. Típica (% de la media)
Suiza	10,4	11,0	9,7	10,7	Cambiante	0,6	6%
España	9,4	12,0	9,2	10,7	Cambiante	2,0	18%
Finlandia	8,3	8,2	9,2	8,4	Alza moderada	0,7	8%
Estonia	8,4	8,3	7,5	8,2	Estable	1,1	13%
Dinamarca	6,6	7,1	7,3	7,1	Estable	0,4	6%
Canadá	6,5	7,0	7,5	6,8	Alza moderada	0,6	9%
Australia	6,3	7,1	n.d.	6,6	Alza moderada	0,5	8%
EEUU	5,2	4,5	3,7	4,8	Decreciente	0,6	12%

Tabla sobre promedio de días no trabajados por situación de baja a nivel internacional¹¹⁵.

¹¹⁵ INFORME ADECCO 2017 SOBRE ABSENTISMO LABORAL, P. 24.

<http://www.adeccorientaempleo.com/webwp/wp-content/uploads/2017/06/VI-Informe-de-Absentismo.pdf>

ANEXO II

JORNADA LABORAL (ETCL) : HORAS PACTADAS, PAGADAS, EFECTIVAS Y NO TRABAJADAS

		Datos para el conjunto de España														Variación											
		2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2000-2007	2007-2013	2013-2014	2013-2014		
Horas trabajadas/total		1918	1918	1916	1908	1898	1892	1886	1882	1873	1856	1838	1828	1813	1803	1797	1795	1793	1793	1793	-36	-1,9%	-27	-4,1%	-11	-0,6%	
Horas pagadas		1925	1925	1923	1916	1906	1900	1893	1889	1880	1861	1843	1830	1816	1808	1797	1797	1797	1797	1797	-36	-1,9%	-81	-4,5%	-11	-0,6%	
Horas efectivas		1884	1879	1874	1867	1857	1847	1838	1831	1823	1806	1789	1771	1752	1737	1720	1715	1715	1715	1715	-43	-2,3%	-64	-4,0%	-12	-0,7%	
Horas no trabajadas y pagadas		202	206	209	209	204	209	205	209	208	201	208	209	205	202	209	202	209	209	209	27	11,2%	-17	-4,5%	1	0,6%	
Horas extra		89	85	92	92	92	92	97	92	90	75	74	74	74	74	71	71	71	71	71	0,5	5,1%	-32	-33,9%	11	18,5%	
verificación horas pactadas		-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%	-0,02%							
verificación horas pagadas		-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%	-0,05%							
verificación horas efectivas		-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%	-0,20%							
verificación horas no trabajadas y pagadas		1,65%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%	1,59%							
verificación horas extra		-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%	-4,07%							
Composición %																											
Horas pactadas		100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%							
Horas pagadas		100,4%	100,4%	100,4%	100,4%	100,4%	100,4%	100,4%	100,4%	100,4%	100,2%	100,2%	100,2%	100,2%	100,2%	100,2%	100,2%	100,2%	100,2%	100,2%	0,0%						
Horas efectivas		89%	88%	87%	87%	87%	87%	84%	84%	87%	84%	84%	84%	84%	84%	84%	84%	84%	84%	84%	-1,7%						
Horas no trabajadas y pagadas		12,4%	12,9%	13,2%	13,1%	13,4%	13,7%	14,1%	14,3%	13,8%	14,4%	14,0%	14,2%	14,1%	14,0%	13,9%	14,0%	14,0%	14,0%	14,0%	1,7%						
Horas extra		0,5%	0,4%	0,5%	0,5%	0,5%	0,5%	0,5%	0,5%	0,5%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,4%	0,0%						
Horas/total/trabajador																											
Por vacaciones y festivos ⁷⁸		242	246	249	249	254	259	265	269	268	271	268	268	268	268	268	268	268	268	268	272	11,2%	-97,4	-4,5%	49	0,4	
Riesgos mortales		80	78	75	77	79	84	85	77	86	76	78,7	78,6	79,4	78,3	78,1	78,1	78,1	78,1	78,1	4,1%		-41	-3,3%	-44	-2,4%	
Composición %		64	66	71	74	77	80	82	84	82	86	82	80	80	77	72	73	76	78	78	19,9	31,2%	-113	-13,0%	53	7,4%	
Composición %																											
Por vacaciones y festivos		73,2%	73,2%	73,3%	74,4%	69,7%	69,2%	69,2%	68,4%	68,4%	68,2%	68,2%	68,2%	68,2%	68,2%	68,2%	68,2%	68,2%	68,2%	68,2%	-4,7%						
Riesgos mortales		26,4%	26,8%	26,7%	25,6%	29,3%	30,8%	30,8%	31,6%	31,6%	31,8%	31,8%	31,8%	31,8%	31,8%	31,8%	31,8%	31,8%	31,8%	31,8%	4,7%						
% sobre la jornada efectiva		14,4%	14,7%	14,9%	14,9%	15,4%	15,8%	16,3%	16,8%	16,9%	17,1%	16,2%	16,3%	16,3%	16,3%	16,3%	16,3%	16,3%	16,3%	16,3%	2,2%						
Por vacaciones y festivos		10,2%	10,7%	10,7%	10,7%	10,7%	10,9%	11,3%	11,8%	10,9%	11,7%	11,8%	11,8%	11,8%	11,8%	11,8%	11,8%	11,8%	11,8%	11,8%	0,9%						
Riesgos mortales		3,8%	3,9%	4,2%	4,4%	4,7%	4,8%	5,0%	5,7%	5,0%	5,4%	5,2%	5,1%	4,9%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	1,4%						
Tasa de absentismo		3,7%	3,8%	4,1%	4,3%	4,5%	4,8%	4,80%	4,95%	4,82%	4,95%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	4,7%	20,4	39,0%	-17	-3,0%	17,6	18,8%	
No trabajadas "Riesgo" del ETCL		63,9	66,0	71	74,2	77,5	78,2	82,1	84,4	82,1	81,9	78,9	78,7	81,9	81,9	81,9	81,9	81,9	81,9	81,9	20,4	39,0%	-17	-3,0%	17,6	18,8%	
Horas pactadas efectiva		1208	1205	1206	1210	1209	1201	1211	1205	1204	1201	1204	1201	1204	1201	1201	1201	1201	1201	1201	-43	-4,3%	-82	-4,8%	1	0,1%	

Tabla sobre la jornada laboral en España: datos horas pactadas, pagadas, efectivas y no trabajadas¹¹⁶.

¹¹⁶ INFORME ADECCO 2017 SOBRE ABSENTISMO LABORAL, P. 39.

<http://www.adecorientaempleo.com/web/wp/wp-content/uploads/2017/06/VI-Informe-de-Absentismo.pdf>

ANEXO III

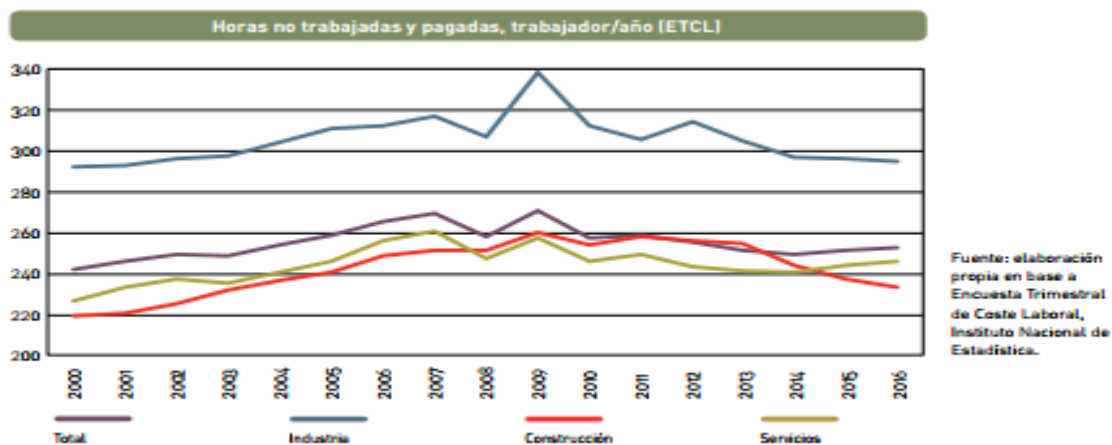


Tabla horas no trabajadas y pagadas, trabajador/año por sector¹¹⁷.

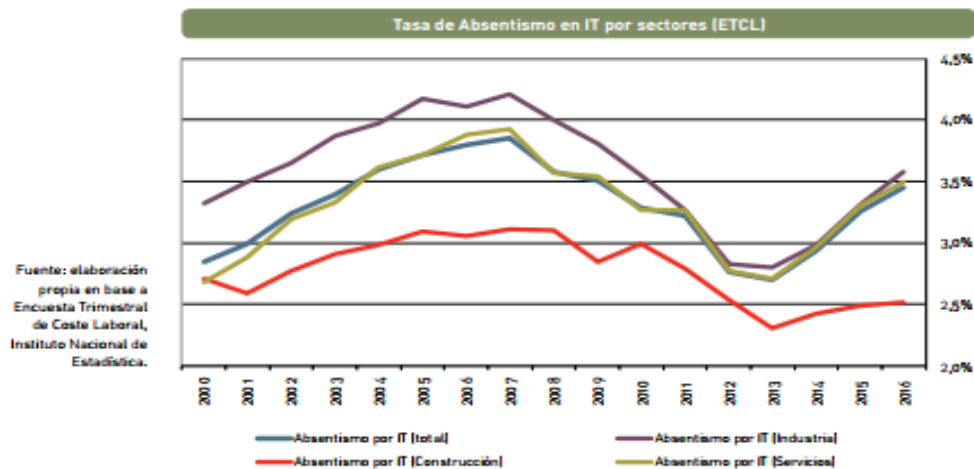


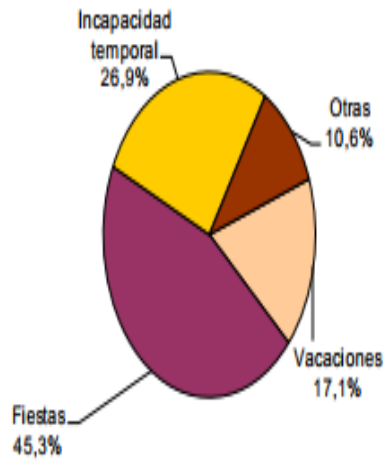
Tabla sobre tasa de absentismo en IT por sectores¹¹⁸.

¹¹⁷ INFORME ADECCO 2017 SOBRE ABSENTISMO LABORAL, P.40
<http://www.adeccorientaempleo.com/web/wp-content/uploads/2017/06/VI-Informe-de-Absentismo.pdf>

¹¹⁸ INFORME ADECCO 2017 SOBRE ABSENTISMO LABORAL, P. 55.
<http://www.adeccorientaempleo.com/web/wp-content/uploads/2017/06/VI-Informe-de-Absentismo.pdf>

ANEXO IV

Horas no trabajadas



Otras horas no trabajadas (diversos motivos)

	Porcentaje
Maternidad	4,8%
Permisos remunerados	2,3%
Compensación por horas extra	1,4%
Conflictividad laboral	1,4%
Horas perdidas en el lugar de trabajo	0,4%
Otras horas no trabajadas y no remuneradas	0,3%
Horas perdidas por razones técnicas o económicas	0,1%
Otras horas no trabajadas y remuneradas	0,1%

Tabla sobre horas no trabajadas por motivos diversos¹¹⁹.

¹¹⁹ Encuesta Trimestral de Coste Laboral, 2017, p.4.
<http://www.ine.es/daco/daco42/etcl/etcl0217.pdf>

ANEXO V

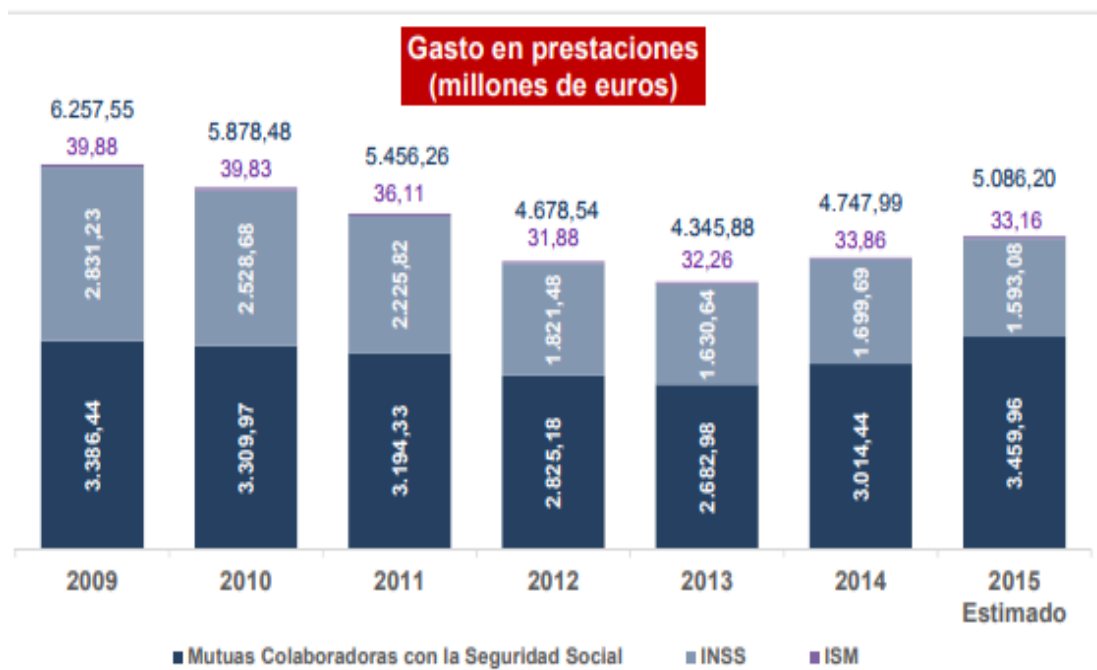
	Sistema de la Seguridad Social	INSS	ISM	Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social
2009	6.257,55	2.831,23	39,88	3.386,44
2010	5.878,48	2.528,68	39,83	3.309,97
2011	5.456,26	2.225,82	36,11	3.194,33
2012	4.678,54	1.821,48	31,88	2.825,18
2013	4.345,88	1.630,64	32,26	2.682,98
2014	4.747,99	1.699,69	33,86	3.014,44
2015 ¹	5.086,20	1.593,08	33,16	3.459,96

Importes en millones de euros.

Fuente: Cuentas y Balances del Sistema de Seguridad Social 2009-2014.

Sistema de la Seguridad Social: estimado a partir del avance ejecución presupuestaria Nov-2015

Mutuas: Obtenido del Seguimiento Presupuestario Específico de la IT MCSS*



Tablas sobre el gasto en prestaciones por IT¹²⁰.

¹²⁰ INFORME ASOCIACIÓN DE MUTUAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO SOBRE INCAPACIDAD TEMPORAL, p.4.
<http://www.amat.es/Ficheros/15800.pdf>