

DESPIDO LABORAL POR ABSENTISMO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

CURSO 2017-2018

MARÍA MEIZOSO SECO

Tutora: Prof. Dra. Dña. ANA MARÍA NEIRA PENA

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5

Capítulo I

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL

1. PLANTEAMIENTO	7
2. EXTINCIÓN DE CARÁCTER DISCIPLINARIO DEL CONTRATO DE TRABAJO DE DOÑA CARMEN	7
2.1. Despido disciplinario por disminución en el rendimiento	7
2.2. Incumplimiento del artículo 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores	8
2.3. La Incapacidad Temporal como causa real del despido	9
3. EXTINCIÓN DE CARÁCTER OBJETIVO DEL CONTRATO DE TRABAJO DE DON AGUSTÍN	11
3.1. El absentismo como causa de despido objetivo	11
3.2. Régimen jurídico del absentismo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral	12
3.2.1. Fundamento de la extinción	12
3.2.2. Noción de falta de asistencia al trabajo	13
3.2.3. Nivel de absentismo relevante	14
3.2.4. Ausencias no computables	15
3.3. Incumplimiento del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores	15
4. EXTINCIÓN DE CARÁCTER OBJETIVO DEL CONTRATO DE TRABAJO DE DON SERGIO	16
4.1. El absentismo como causa de despido objetivo	16
4.2. Incumplimiento del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores	17
4.3. Afiliación sindical e Incapacidad Permanente Total	17
5. RECAPITULACIÓN	19

Capítulo II

ACCIÓN LEGAL FRENTE A LA DECISIÓN EMPRESARIAL

1. PLANTEAMIENTO	20
------------------------	----

2. DERECHO A LA SALUD Y POSIBLE INFRACCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	20
3. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL	22
3.1. Aproximación al principio de igualdad y no discriminación.....	22
3.2. La enfermedad como motivo de discriminación. Análisis de la jurisprudencia nacional y comunitaria.....	23
4. LA IMPROCEDENCIA DE LAS DECISIONES.....	27
4.1. Despido de Doña Carmen	27
4.2. Despido de Don Agustín.....	28
4.3. Despido de Don Sergio	29
5. RECAPITULACIÓN	31

Capítulo III

CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL

1. PLANTEAMIENTO	32
2. EFECTOS DEL DESPIDO	32
2.1. Efectos extintivos inmediatos	32
2.2. Impugnación por los trabajadores.....	33
3. IMPROCEDENCIA POR RAZONES SUSTANTIVAS.....	33
4. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE IMPROCEDENCIA	34
4.1. Ejercicio de la opción entre la indemnización o la readmisión	35
4.1.1. Opción por la indemnización	36
4.1.2. Opción por la readmisión	37
4.2. Salarios de tramitación.....	38
5. RECAPITULACIÓN	40
CONCLUSIONES GENERALES	41
BILIOGRAFÍA	43
REPERTORIO NORMATIVO	45
REPERTORIO JURISPRUDENCIAL	46

ABREVIATURAS

Art(s).	Artículo(s)
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CE	Constitución Española
<i>DOUE</i>	Diario Oficial de la Unión Europea
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
FD	Fundamento(s) de Derecho
IT	Incapacidad Temporal
IP	Incapacidad Permanente
JS	Juzgado de lo Social
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
Párr.	Párrafo(s)
S	Sentencia(s)
SS	Seguridad Social
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se estudiarán los aspectos jurídicos más relevantes en relación con la decisión tomada por CONTRATOPHONE S.A. Para ello, se partirá del supuesto de hecho que sigue:

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 a 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 campaña”.

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 es 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 seis días por eses motivo.*
- *En marzo, se ausentó cuatro días al sufrir una reacción alérgica.*
- *En la primera semana de abril, se ausentó de su puesto de trabajo cuatro 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 Don 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.

El eje del supuesto es averiguar si las causas legales aducidas por la empresa son verdaderamente las causas reales de los despidos, y, de no ser así, indagar sobre si el motivo subyacente a las decisiones extintivas provocaría su nulidad o su improcedencia. Además, a la vista del supuesto de hecho, la IT contará con un papel relevante, ya que alguno de los trabajadores despedidos ha estado en situación de IT previamente a la decisión extintiva o, está en dicha situación en el momento en que se efectúa el despido.

Teniendo en cuenta que la IT es la causa de suspensión que más inquietudes suscita desde la perspectiva del despido disciplinario y del despido objetivo por absentismo¹, resulta conveniente ofrecer un concepto de IT. En el ámbito laboral, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores² (en adelante ET) no otorga ninguna definición explícita, sino que el art. 45.1.c) se limita a señalar que la IT es causa de suspensión del contrato de trabajo. En el ámbito de la SS, el art. 169 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social³ (en adelante LGSS) tampoco ofrece un concepto específico de IT, pero del precepto se desprende que la IT es aquella situación derivada de enfermedad común o profesional y de accidente sea o no de trabajo, en la que se encuentra aquel trabajador que está impedido temporalmente para el trabajo y precisa asistencia sanitaria de la SS.

Las respuestas a las preguntas planteadas en el supuesto se estructurarán en tres capítulos. El Capítulo I, dando respuesta a la primera cuestión, se dedicará a calificar jurídicamente cada una de las decisiones extintivas y a observar el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para llevar a cabo los despidos. A continuación, el Capítulo II, contestando a la segunda cuestión, tratará sobre los motivos jurídicos con los que cuentan los trabajadores para interponer la acción legal correspondiente. Para ello, se examinará la jurisprudencia nacional y comunitaria recaída al interpretar la escasa normativa sobre el asunto objeto de estudio. El Capítulo III, ocupándose de forma conjunta de la tercera y cuarta cuestión, sitúa su análisis en la posibilidad de que los trabajadores despedidos sean indemnizados o readmitidos a su puesto de trabajo.

A pesar del intento por delimitar cada una de las cuestiones planteadas y debido al ámbito tan específico sobre el que recae el presente trabajo, resulta complicado tratar ciertos aspectos de forma independiente –como son las cuestiones relativas a los motivos para emprender algún tipo de acción legal y los motivos para exigir alguna indemnización–, por lo que estos aspectos serán tratados de forma transversal a lo largo de los tres capítulos. Esta estructura del trabajo da cumplida respuesta a las preguntas planteadas y, al mismo tiempo, permite exponer de forma más clara y detallada el tema objeto de estudio.

¹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La Incapacidad Temporal como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 21.

² BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015.

³ BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015.

Capítulo I

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL

1. PLANTEAMIENTO

En este capítulo, se abordará la calificación jurídica que merecen las decisiones tomadas por la empresa CONTRATOPHONE S.A., con respecto a tres de los trabajadores de su plantilla.

El art. 49.1.k) ET prevé la posibilidad de que un contrato de trabajo se extinga mediante el despido del trabajador. Ahora bien, es necesario que la decisión empresarial de despedir a un trabajador, es decir, de extinguir un contrato de trabajo, se ajuste a las causas previstas en la legislación laboral.

El despido cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con diferentes modalidades, en función de la causa que lo motiva, siendo común en la práctica, que la decisión de despedir, motivada por uno o varios procesos de IT, se lleve a cabo mediante el despido disciplinario o a través del despido objetivo.

Sin perjuicio de que la extinción de la relación laboral por parte del empresario, motivada por uno o varios procesos de IT, sea un recurso utilizado por el poder empresarial, el legislador ha ido regulando diversas garantías con la finalidad de asegurar la estabilidad en el empleo, como es, entre otras, la exigencia de una justa causa para que el empresario pueda extinguir de forma procedente la relación laboral con un determinado trabajador⁴. En este sentido, el TC ha dejado claro que el derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en el art. 35.1 de la CE⁵ incluye el derecho a no ser despedido sin justa causa⁶.

A continuación, se expondrá detalladamente ante qué modalidad de despido se encuentran Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio y si dichos despidos se ajustan a las causas previstas en el ET.

2. EXTINCIÓN DE CARÁCTER DISCIPLINARIO DEL CONTRATO DE TRABAJO DE DOÑA CARMEN

2.1. Despido disciplinario por disminución en el rendimiento

En el caso de Doña Carmen, y atendiendo a los datos del supuesto de hecho, la decisión empresarial se fundamenta en la supuesta disminución del rendimiento por parte de la trabajadora, por lo que se tratará de un despido disciplinario por disminución en el rendimiento.

El art. 54.1 ET contempla la posibilidad de extinguir el contrato por decisión del empresario mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Mientras que, en el apartado segundo del mencionado precepto se enumeran

⁴ TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de Incapacidad Temporal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 25.

⁵ BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶ FD 4.º de la STC de 27 de octubre de 2003 [RTC 2003\192].

distintas conductas constitutivas de dicho incumplimiento, siendo la que interesa a la resolución del presente asunto la «*disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*». Ahora bien, para que el empresario pueda extinguir la relación laboral al amparo de esta causa de despido es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos que se exponen a continuación.

Por lo que respecta a lo que debe entenderse por «*incumplimiento grave y culpable del trabajador*», la doctrina ha ido paulatinamente delimitando estos conceptos. En lo tocante a la gravedad, se exige que la disminución del rendimiento sea de entidad suficiente, puesto que, de lo contrario, deberá ser objeto de sanciones menos drásticas que el despido. Este requisito se vincula a la continuidad en el tiempo de la disminución en el rendimiento. Así pues, por disminución continuada se entiende aquella que se prolonga en un espacio de tiempo razonablemente dilatado, oponiéndose a aquella otra disminución esporádica que tiene lugar en lapsos de tiempo reducidos⁷. Por su parte, la nota de voluntariedad exige que no existan causas ajenas a la voluntad del trabajador que justifiquen o excusen la falta de rendimiento⁸. Siendo tal voluntariedad de la disminución requisito necesario para que la misma pueda considerarse culpable.

Además, para que esta causa de despido disciplinario sea operativa será necesario que exista un elemento de comparación que sirva de referencia para poder acreditar que el trabajador disminuyó su rendimiento de forma continuada y voluntaria. Tradicionalmente el TS ha manifestado la necesidad de contar con este término de comparación, señalando que dicho parámetro puede estar constituido bien por el rendimiento del mismo trabajador en otro momento temporal, bien por el de otros compañeros de trabajo⁹. Estos parámetros de comparación fijados por el TS son respetados, unánimemente, por los tribunales del orden social¹⁰.

Asimismo, al no ser la disminución del rendimiento de trabajo algo puntual, sino un proceso continuado en el tiempo, el empresario inicialmente deberá actuar con medidas menos gravosas que el despido, como pueden ser las advertencias¹¹. De esta forma se permitirá al trabajador corregir su conducta y conocer las posibles consecuencias de su actuación.

2.2. Incumplimiento del artículo 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores

La carta de despido recibida por Doña Carmen recurre al art. 54.2.e) ET para extinguir la relación laboral, por lo que es necesario observar si los requisitos vistos han sido respetados o, si, por el contrario, la empresa ha extinguido la relación laboral con base en una causa diferente de la estipulada en la carta de despido.

⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 106.

⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: *El despido por ineptitud del trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.78.

⁹ STS de 25 de enero de 1988 [RJ 1988\43].

¹⁰ En este sentido, la STSJ de Castilla y León 296/2017, de 16 de febrero [JUR 2017\88255] declaró la improcedencia de un despido por carecer la carta de despido de datos relativos a los términos susceptibles de comparación.

¹¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 111.

Antes de nada, es importante tener en cuenta la existencia de una serie de exigencias formales necesarias en todo despido disciplinario. El art. 55.1 ET exige la notificación por escrito del despido, así como el detalle de los hechos que motivan tal decisión¹². En el presente caso, efectivamente, se le notifica a la trabajadora la extinción de la relación laboral mediante una carta el día 22 de mayo de 2017. Además, se hace constar en la carta la conducta justificativa de la decisión de despedir, comparando el rendimiento de la trabajadora despedida con el de otros compañeros y con el previsto para la compañía.

Por lo tanto, se observa que los requisitos formales se cumplen, sin embargo, resulta discutible que el incumplimiento imputable a la trabajadora pueda calificarse como grave y culpable. Teniendo en cuenta que la gravedad de la conducta exige que esta sea continuada en el tiempo, no parece posible calificar como tal el comportamiento de Doña Carmen, y la cronología de los hechos así lo pone de manifiesto. El día 23 de abril de 2017 uno de los superiores inmediatos de la trabajadora informa que la campaña está siendo un éxito gracias al buen desempeño del equipo, por lo que la disminución del rendimiento tenida en cuenta por la empresa únicamente puede ser la referida al tiempo transcurrido entre el 23 de abril al 22 de mayo de 2017, fecha, esta última, en la que se despide a Doña Carmen.

Por otra parte, la disminución del rendimiento ocurrida entre el 2 de mayo y el 22 de mayo de 2017 no puede ser tenida en cuenta a los efectos del art. 54.2.e) ET, puesto que no ha sido una disminución voluntaria e imputable a la trabajadora, sino una disminución derivada de una situación de incapacidad, debiendo excluirse de las disminuciones voluntarias aquellas que se deban a causas ajenas al trabajador, como son las bajas médicas¹³. En este punto, la jurisprudencia es unánime al señalar que a pesar de la trascendencia negativa en el rendimiento que causan las bajas médicas, no por ello pueden ser causa de despido disciplinario¹⁴.

En definitiva, la conducta imputable a la trabajadora no constituye un incumplimiento grave y culpable en el sentido establecido en el art. 54.1 ET, por lo que no se puede justificar el despido disciplinario. La disminución del rendimiento ha venido motivada única y exclusivamente por una situación de IT que la propia legislación laboral protege.

2.3. La Incapacidad Temporal como causa real del despido

Una vez determinada la ilicitud del despido disciplinario, al no ser posible acreditar un incumplimiento grave y culpable de la trabajadora, resulta necesario reparar en la verdadera causa del despido, así como analizar si la causa real puede ser o no admitida por nuestro ordenamiento jurídico.

Para abordar esta cuestión es importante partir de la idea de que, en la práctica, algunos despidos disciplinarios por bajo rendimiento tienen su origen en motivos económicos, como por ejemplo la falta de rentabilidad que a un empresario le acarrea

¹² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 19.

¹³ STSJ de Cataluña 1992/2016, de 5 de abril [JUR 2016\121723].

¹⁴ En este sentido, las STS de 23 de mayo de 2005 [RJ 2005\9656] y de 18 de diciembre de 2007 [RJ 2008\800].

un trabajador en situación de IT¹⁵. De esta forma, el empresario acaba sirviéndose de un instrumento, como es el despido disciplinario, para lograr cierto objetivo –mitigar la falta de rentabilidad– que no tiene relación alguna con la razón de ser de este tipo de despido –castigar determinados incumplimientos graves y culpables del trabajador–¹⁶.

Para aquellos casos en los que no hay causa legal, la legislación laboral ha ido sufriendo una evolución que culmina con el acotamiento del criterio de causalidad. Así pues, en la actualidad la ausencia de causa legal no deriva necesariamente en una declaración de nulidad, salvo que exista discriminación o vulneración de derechos fundamentales.

Sobre esta evolución normativa existe algún pronunciamiento judicial interesante. Así, por ejemplo, el FD 2.º de la STSJ de Cataluña 7521/2005, de 5 de octubre [AS 2006\80] señala que el actual marco normativo del despido ha sufrido una «*progresiva descausalización de la decisión extintiva, por cuanto, por un lado, se facilita y propugna al máximo la sustracción al conocimiento judicial de la realidad y entidad de la causa en función de la que el empresario decide poner fin a la relación laboral y, por otro, se aplica la calificación de improcedencia, que no de nulidad, a los casos en que la causa alegada no existe*»¹⁷.

Tomando en consideración las circunstancias del despido de Doña Carmen, queda manifiestamente claro que ha sido despedida por una causa diferente a la aducida por la empresa en la carta de despido. Previamente a iniciar el proceso de IT derivado del accidente de tráfico sufrido, uno de sus superiores informa sobre el buen éxito de la campaña, y es en el momento en que la trabajadora se encuentra en situación de baja laboral cuando se procede a su despido por disminución en el rendimiento. Si se toma en consideración que la trabajadora forma parte de un grupo de trabajo cuyo objetivo es realizar un número establecido de ventas durante un periodo de tiempo concreto, resulta evidente que el despido ha venido motivado por la pérdida de interés empresarial en la trabajadora, como consecuencia de su menor productividad derivada directamente de su situación de IT.

En definitiva, no se puede admitir el despido disciplinario cuyo móvil real es la situación de IT, con independencia de que el despido efectuado tenga como consecuencia jurídica la nulidad o la improcedencia, como luego se analizará.

Ahora bien, se debe establecer una diferencia entre la situación descrita y la posibilidad de que se despidan disciplinariamente a un trabajador en situación de IT cuando este transgrede la buena fe contractual, en cuyo caso el despido será procedente y válido¹⁸. Es decir, el hecho de que un trabajador se encuentre en situación de IT no lo blindará por completo frente a una extinción de carácter disciplinario.

¹⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La Incapacidad Temporal como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 112.

¹⁶ TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de Incapacidad Temporal*, op. cit., p. 103.

¹⁷ V., asimismo, la STSJ de Cataluña 3767/2017, de 12 de junio [AS 2017\1417].

¹⁸ TRILLO GARCÍA, A.R.: «Despido disciplinario procedente por transgresión de la buena fe y solicitud de alta y ulterior prolongación de incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, n.º 12, 2010. Versión electrónica: www.westlaw.es [BIB 2010\2131].

3. EXTINCIÓN DE CARÁCTER OBJETIVO DEL CONTRATO DE TRABAJO DE DON AGUSTÍN

3.1. El absentismo como causa de despido objetivo

El despido de Don Agustín, a priori, podría ser calificado como una extinción de contrato de carácter objetivo recogida en el los arts. 49.1.1) y 52 ET.

El art. 52 ET señala una serie de causas objetivas a las que el empresario se puede acoger para extinguir un contrato laboral. En este caso, CONTRATOPHONE S.A., ha extinguido la relación laboral de Don Agustín con base en el art. 52.d) ET. Este art. preceptúa en su primer párrafo que el contrato podrá extinguirse «*por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las 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*»¹⁹. Conviene señalar que esta causa de extinción, aunque es imputable a la persona del trabajador, no tiene carácter culpable. Sin embargo, la concurrencia de dicha causa supone una perturbación del equilibrio contractual, lo que justifica que la empresa proceda a la ruptura del vínculo laboral²⁰.

En cuanto a los requisitos formales requeridos por el art. 53 ET para llevar a cabo el despido objetivo por absentismo, será necesaria una comunicación escrita expresando la causa del despido, exigiéndose también la concesión de un plazo de preaviso de quince días desde la entrega de la comunicación hasta la extinción efectiva del contrato de trabajo. Por otra parte, en este caso, también es obligatoria la puesta a disposición del trabajador de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el tope máximo de doce mensualidades. Se puede interpretar que la indemnización es una respuesta del ordenamiento jurídico a la falta de culpabilidad en la conducta del trabajador²¹.

Para abordar esta causa de despido, antes se debe conceptualizar brevemente lo que se entiende por absentismo a los efectos del art. 52.d) ET. Siguiendo a GONZÁLEZ ORTEGA, un concepto general y amplio de absentismo implicaría no realizar la prestación laboral en determinados días o períodos, siempre y cuando la misma debiera haberse realizado²². Ahora bien, en función de la dicción literal del art. 52.d) ET no bastaría con este concepto vasto e indiscriminado, sino que se exigen ciertas condiciones para que una ausencia al trabajo pueda ser motivo de despido objetivo.

A continuación, se analizará el régimen legal de esta causa de despido, así como la interpretación que del mismo realizan la doctrina y la jurisprudencia, con la finalidad de determinar si la situación de Don Agustín encaja en el supuesto previsto en el art. 52.d) ET.

¹⁹ El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (BOE n.º 58, de 9 de marzo de 1977) estableció, por primera vez, las faltas de asistencia justificadas como motivo de despido objetivo.

²⁰ ALTÉS TÁRREGA, J. A., BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L. E.: *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 13-15.

²¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 200.

²² GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 34.

3.2. Régimen jurídico del absentismo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

Las reformas laborales llevadas a cabo desde el año 2010 han perseguido flexibilizar al máximo el artículo 52.d) ET con el propósito de hacerlo más operativo, hasta el punto de que, desde diversos sectores, se ha considerado que las reformas han ido dirigidas a facilitar este tipo de despido, a hacerlo mucho más sencillo y a eliminar los obstáculos existentes hasta el momento en favor de los intereses empresariales²³.

En primer lugar, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo²⁴ disminuyó, en su Disposición Adicional Vigésima, el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo del cinco por ciento al dos con cinco por ciento. Este nuevo índice de absentismo global debía concurrir inevitablemente, junto con el índice de absentismo individual, para poder extinguir el contrato de trabajo del trabajador en cuestión.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral²⁵ eliminó por completo la exigencia de un índice de absentismo global de la plantilla, haciendo posible la extinción del contrato de un trabajador, aun cuando los niveles de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo sean muy bajos o inexistentes.

Por último, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral²⁶ (en adelante Ley 3/2012) ha dado al art. 52.d) ET su redacción actual, añadiendo una nueva ausencia no computable y agregando el requisito adicional de «*que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles*».

3.2.1. Fundamento de la extinción

La razón de ser del art. 52.d) ET radica en la excesiva onerosidad que le supone a un empresario tener contratado a un trabajador que de forma intermitente pero justificada deja de acudir a su puesto de trabajo. En otras palabras, este precepto pretende luchar contra aquellas inasistencias que por su breve duración e intermitencia son difíciles de controlar y que, además, conllevan que el trabajador no sea productivo para la empresa²⁷. Este fundamento queda indiscutiblemente claro en la STSJ de Andalucía 2214/2009²⁸:

«La excesiva morbilidad que comporta un trabajador que sufre bajas por enfermedad o accidente recurrentes, de no larga duración, pero que implican ausencias reiteradas del trabajo; faltas de asistencia que resultan plenamente justificadas, porque suponen suspensión de la relación laboral conforme al art.

²³ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: «El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales», *Revista Internacional de Organizaciones*, n.º 8, 2012, p. 33.

²⁴ BOE, n.º 227, de 18 de septiembre de 2010.

²⁵ BOE, n.º 36, de 11 de febrero de 2012.

²⁶ BOE, n.º 162, de 7 de julio de 2012.

²⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, op. cit., p. 201.

²⁸ FD único de la STSJ de Andalucía 2214/2009, de 9 de junio [AS 2009\1771].

45.1.c) Estatuto de los Trabajadores, pero que por su constante reiteración el legislador considera que resultan excesivamente gravosas para el empresario, inclinándose por no forzarle a continuar con un trabajador cuyas constantes bajas laborales no sólo deja de prestarle el servicio de él esperado sino que además le comporta costes añadidos significativos».

Respecto al fundamento del despido del referido trabajador, nada se dice expresamente en el caso. Pero, teniendo en cuenta, igual que sucedía con Doña Carmen, que Don Agustín también forma parte del equipo de trabajo cuyo objetivo es realizar un número de ventas en un tiempo determinado, cabe presuponer que las ausencias intermitentes por enfermedad del trabajador han alterado el funcionamiento de ese departamento de la empresa, pudiendo provocar fallos en la organización, sobrecarga de trabajo para el resto de los trabajadores, disminución de las ventas, etc. A priori, e independientemente de si el despido efectuado se ajusta a las exigencias del art. 52.d) ET, se puede afirmar que en este caso ha primado el interés del empresario en poner fin a la relación laboral onerosa frente al interés de Don Agustín en mantener su empleo.

3.2.2. Noción de falta de asistencia al trabajo

El ET no ofrece un concepto claro y bien delimitado de lo que debe entenderse por «*faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes*», lo que ha generado diferentes problemas interpretativos que han ido encontrando solución en la jurisprudencia²⁹.

El precepto 52.d) ET exige la concurrencia de tres elementos: que las faltas de asistencia sean verdaderas faltas de asistencia, que sean faltas justificadas e intermitentes. En cuanto a que se trate de verdaderas faltas de asistencia se debe entender que la falta de asistencia supone no acudir al trabajo durante toda la jornada laboral, no bastando las faltas de puntualidad, que pueden ser sancionadas mediante despido disciplinario a través del correspondiente precepto legal³⁰. En lo tocante a la justificación de las faltas, se ha planteado la cuestión de si pueden acumularse las faltas injustificadas a las justificadas para llevar a cabo la extinción del contrato por esta vía. Aunque la literalidad del precepto no dice nada al respecto, lo cierto es que han sido diversos los autores que han entendido posible dicha acumulación³¹. Y, en lo concerniente a la intermitencia, se exige que las faltas de asistencia justificadas sean varias y discontinuas en el tiempo, aunque tengan su origen en el mismo proceso patológico³².

En este supuesto, las ausencias por las que se despide a Don Agustín cumplen los requisitos que se acaban de mencionar. En primer lugar, todas las ausencias señaladas en el supuesto son ausencias durante la totalidad de la jornada de trabajo y no meras faltas de puntualidad. En segundo lugar, la redacción del caso indica que Don

²⁹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 25.

³⁰ STSJ de Madrid 110/2006, de 20 de febrero [AS 2006\744].

³¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, op. cit., p. 213.

³² V. la STSJ de Cataluña 2519/2013, de 9 de abril [AS 2013\1715], en la que se ha declarado procedente un despido por faltas de asistencia intermitentes y de duración inferior a veinte días cada una, derivadas todas ellas de la misma enfermedad. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana 608/2005, de 28 de febrero [AS 2005\889].

Agustín ha presentado siempre justificante médico de sus ausencias al trabajo, por lo que son, todas ellas, faltas justificadas. En tercer y último lugar, las faltas son intermitentes y discontinuas, ya que los períodos de inasistencia al trabajo están separados entre sí por períodos de asistencia³³.

3.2.3. Nivel de absentismo relevante

El art. 52.d) ET no faculta al empresario para extinguir el contrato de los trabajadores siempre que se ausenten justificada e intermitentemente a su trabajo, sino que únicamente se podrá acudir a esta vía de extinción en aquellos supuestos que el legislador ha considerado suficientemente relevantes.

Tras la reforma de la Ley 3/2012 exclusivamente se requiere, como ya ha sido puesto de manifiesto, un nivel de absentismo individual y no un nivel de absentismo colectivo. Además, la exigencia de que concurra un nivel de absentismo relevante puede ser satisfecha de dos formas distintas recogidas en el art.52.d) ET³⁴, –correspondiendo al empresario la elección de una u otra forma de cálculo, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada situación–. La primera forma de cómputo entra en juego cuando las faltas de asistencia alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre y cuando el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles. La segunda posibilidad de cómputo tiene lugar cuando las faltas de asistencia alcancen el veinticinco por ciento de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

En cuanto al porcentaje requerido, los tribunales han matizado que es suficiente con que este se acredite en el global de los meses –dos meses consecutivos o cuatro meses discontinuos–, y no en cada uno de ellos³⁵. Tampoco será necesario que las ausencias al trabajo superen los porcentajes previstos, sino que bastará con que los alcancen³⁶.

Volviendo al caso de Don Agustín, procede recordar que la extinción de su contrato tiene lugar por no haber acudido a su trabajo en veintidós días sobre las ochenta jornadas hábiles en los meses de octubre y noviembre de 2016 y en los meses de marzo y abril de 2017. Lo primero que se observa es que, para llevar a cabo el cómputo del nivel de absentismo, la empresa ha utilizado la segunda de las vías del artículo 52.d) ET, sumando todos los días de ausencia y observando si la cifra resultante alcanza el veinticinco por ciento de las jornadas hábiles en los meses de octubre, noviembre, marzo y abril, que en este caso son ochenta días. A la vista de que los días de ausencia tenidos en cuenta por la empresa (veintiuno) superan el veinticinco por ciento de ochenta días (veinte) dentro de un período de doce meses, la empresa decide despedir al trabajador.

³³STS de 31 de enero de 2008 [RJ 2008\2575].

³⁴ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: «El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales», *op. cit.*, p. 36.

³⁵En este sentido, pueden verse, entre otras, las siguientes resoluciones: la STS de 5 de octubre de 2005 [RJ 2005\7790] y la STSJ de Madrid 361/2017, de 18 de mayo [AS 2017\1122].

³⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, *op. cit.*, p. 210 y 211.

Ahora bien, no es suficiente con que el cómputo de las ausencias alcance el nivel de absentismo legalmente exigido, sino que es necesario, además, analizar las ausencias computadas por la empresa CONTRATOPHONE S.A. Para ello, habrá que determinar qué tipo de ausencias se deben considerar computables y cuáles no.

3.2.4. Ausencias no computables

El ET excluye del cómputo una serie de ausencias como son *«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»* (art. 52.d) ET).

Las ausencias derivadas de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave se han visto incorporadas al listado del art. 52.d) ET mediante el art. 18 de la Ley 3/2012. Esta inclusión busca evitar la extinción del contrato de trabajo de aquellos trabajadores que, estando enfermos de cáncer u otra enfermedad grave y encontrándose sometidos a tratamientos médicos, acumulen faltas de asistencia al trabajo³⁷.

En el presente caso, y a la vista del desglose de las ausencias, Don Agustín se ausentó de su trabajo dos días en la última semana de abril debido a una estancia en el hospital para recibir un tratamiento en relación con el cáncer que le había sido diagnosticado días atrás. Esta ausencia ha sido computada ilícitamente por la empresa en aras de extinguir el contrato de trabajo de Don Agustín, puesto que, si no se hubieran tenido en cuenta esos dos días el despido no hubiera sido posible, ya que la suma de los días de ausencia efectivamente computables asciende a diecinueve días –y no a veintiuno como indicó la empresa–, no alcanzando por tanto el veinticinco por ciento de las ochenta jornadas hábiles, que exigiría, al menos, veinte días de ausencia.

3.3. Incumplimiento del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores

Habida cuenta de que en el supuesto no se especifica si la carta de despido recibida por Don Agustín recoge de forma pormenorizada la causa y los hechos concretos que se le imputan, ni tampoco si se pone a disposición del trabajador la indemnización exigida por el art. 53 ET, no es posible determinar con exactitud si se ha infringido alguno de los requisitos formales previstos por el ET. A pesar de ello, a la vista de la redacción del caso, cabe entender que en la carta de despido son desglosadas

³⁷ MORENO GENÉ, J., ROMERO BURRILLO, A. M.: *La gestión del absentismo laboral. Impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 194 y 195.

y especificadas las ausencias, no concurriendo imputaciones genéricas que dificulten la defensa del trabajador³⁸.

Ahora bien, aunque los requisitos formales hayan sido cumplidos, se aprecia que el despido planteado a Don Agustín ha incluido en el cómputo de las ausencias del trabajador aquellas que no resultan computables, con la finalidad de poder aplicar la causa extintiva prevista en el art. 52.d) ET. Por tal motivo es posible afirmar que la empresa ha efectuado un despido, igual que sucedió con Doña Carmen, basado en una causa no contemplada en la legislación: el efecto negativo a la rentabilidad empresarial que ocasiona un trabajador que se ausenta justificadamente de su puesto de trabajo por motivos de salud.

En suma, CONTRATOPHONE S.A., ha considerado a Don Agustín como un trabajador propenso a la enfermedad, a la vista de las enfermedades padecidas en los meses previos al despido y al proceso de IT por bronquitis, sufrido también en dichos meses. Por ello, ha procedido a la extinción de su contrato de trabajo, sin cumplir los requisitos legales exigidos. La posibilidad de ejercitar la acción legal por el trabajador y la consecuencia jurídica de la decisión extintiva dependerá de distintos factores que serán analizados más adelante.

4. EXTINCIÓN DE CARÁCTER OBJETIVO DEL CONTRATO DE TRABAJO DE DON SERGIO

Las ideas vistas en la extinción del contrato de trabajo de Don Agustín pueden ser extrapoladas, en parte, al despido de Don Sergio, por tratarse también de un despido objetivo por absentismo recogido en el art. 52.d) ET.

4.1. El absentismo como causa de despido objetivo

A Don Sergio se le comunica la rescisión de su contrato por haberse ausentado de su puesto de trabajo durante el cincuenta y cuatro por ciento de las jornadas laborales en los meses de febrero y marzo, debido a recurrentes dolores de cabeza. En este supuesto nada se dice de si se trata de ausencias laborales justificadas o no justificadas, lo que haría variar la calificación jurídica de la decisión, pues, las faltas justificadas por absentismo se encauzarían por la vía del despido objetivo, mientras que las faltas injustificadas pasarían a ser objeto de despido disciplinario³⁹. Ahora bien, de la redacción del caso cabe deducir que se trata de faltas de asistencia justificadas médicamente e intermitentes en el tiempo, ya que, por un lado, las ausencias se tienen en cuenta en relación con dos meses consecutivos –como señala el precepto 52.d) ET– y, por otro lado, se utiliza el término recurrentes como sinónimo de reiteradas, lo que conduce a interpretar que se trata de ausencias intermitentes y repetidas en el tiempo.

Como ya se ha visto, el art. 52.d) ET establece dos periodos para fijar las ausencias del trabajador, formulando dos posibilidades de cómputo, a elección del empresario y en función de la coyuntura de cada caso. Si bien, con respecto a Don Agustín la empresa decidió computar las faltas a través de la segunda vía –cuando las

³⁸ STSJ de Canarias 664/2011, de 4 de mayo [AS 2011\2210].

³⁹ ARIAS, DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, op. cit., p. 205.

faltas de asistencia alcancen el veinticinco por ciento de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses–, en el caso de Don Sergio, el cómputo se hace con base en ausencias justificadas e intermitentes superiores al veinte por ciento en los meses consecutivos de febrero y marzo. En otras palabras, la empresa se acoge, en este caso, a la primera forma de cómputo ofrecida por el art. 52.d) ET.

Dado que la Ley 3/2012 añadió, para esta primera posibilidad de cómputo, el requisito adicional de «*que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles*», no bastará con que las ausencias de Don Sergio superen el veinte por ciento en los meses de febrero y marzo, sino que, para que esta causa de extinción sea operativa, se exigirá, además, que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles en ese período de doce meses. Con esta previsión adicional se busca suavizar la rigidez de la norma, exigiendo que se acredite de forma más clara y prolongada en el tiempo –y por lo tanto más justa– la inasistencia persistente del trabajador⁴⁰. Inasistencia esta que puede llegar a provocar disminuciones en la rentabilidad empresarial, desorganización en la producción, cambios en la planificación organizativa e, incluso, problemas de sustitución por otros compañeros⁴¹.

4.2. Incumplimiento del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores

En este caso la empresa CONTRATOPHONE S.A., ha aplicado ilícitamente el art. 52.d) ET, ya que únicamente ha tenido en cuenta el hecho de que las ausencias del trabajador en los meses de febrero y marzo han superado el veinte por ciento de las jornadas hábiles, obviando el requisito adicional de que el total de faltas en los doce meses anteriores al mes de febrero alcancen el cinco por ciento de las jornadas hábiles de esos doce meses. Al no hacerse referencia en ningún momento al cumplimiento de esta condición imprescindible, cabe concluir que la empresa no la ha tomado en consideración.

Tal y como sucedía en el despido de Doña Carmen y en el de Don Agustín, la empresa aplica un determinado precepto sin cumplir los requisitos contemplados en el mismo, puesto que el nivel de absentismo de Don Sergio es inferior a los límites legales⁴².

A mayor abundamiento, en el caso de Don Sergio concurren circunstancias que merecen ser específicamente analizadas, ya que además de ausentarse justificadamente a su trabajo, por sufrir recurrentes dolores de cabeza, Don Sergio también se encuentra afiliado a un sindicato y tiene reconocida una IP.

4.3. Afiliación sindical e Incapacidad Permanente Total

En lo tocante a la afiliación sindical y a la situación de IP total en la que se encuentra Don Sergio, procede referir, en este punto, una serie de cuestiones, sin

⁴⁰ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: «El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales», *op. cit.*, p. 37 y 38.

⁴¹ STSJ de Andalucía 738/2014, de 3 de abril [TOL4.373.658].

⁴² V., por ejemplo, la STSJ de Galicia 4590/2013, de 11 de octubre [AS 2013\2868].

perjuicio de que ambos aspectos sean analizados con más detalle a la hora de valorar los motivos con los que cuenta el trabajador para impugnar el despido efectuado.

El hecho de que Don Sergio se encuentre afiliado al sindicato CGT tiene como consecuencia que la extinción de su contrato cuenta con una serie de garantías reforzadas recogidas en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social⁴³ (en adelante LRJS), en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical⁴⁴ (en adelante LOLS) y en el ET.

La LRJS en su art. 104.d) impone la obligación, en caso de despido de un trabajador afiliado a un sindicato, de dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente, en un plazo razonable de tiempo⁴⁵. Por su parte, la LOLS, en su art. 10.3. 3º, establece que los delegados sindicales tendrán derecho a ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas que afecten a los afiliados a su sindicato.

Ahora bien, el requisito de audiencia previa a los delegados sindicales afecta única y exclusivamente a los despidos disciplinarios, no debiendo alcanzar a las extinciones derivadas de otras causas no disciplinarias⁴⁶. Por lo tanto, dado que el despido de Don Sergio tiene carácter objetivo y no disciplinario, no se exige el trámite de audiencia previa a los delegados sindicales.

Adicionalmente, el art. 64.1 ET recoge el derecho del comité de empresa a ser informado debidamente por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores. En el caso objeto de análisis, esta previsión legal sí ha sido cumplida, puesto que la empresa notifica al comité, con más de una semana de antelación, la intención de rescindir el contrato de Don Sergio.

Pese al cumplimiento de ciertos requisitos formales, que en este caso y al no entrar el supuesto en detalle se presumen cumplidos, lo que ahora interesa es si el hecho de que Don Sergio esté afiliado a un sindicato como Secretario de Organización y, en especial, el hecho de que forme parte de una sección sindical en la empresa puede haber propiciado su despido. En otras palabras, determinar si ha tenido lugar una discriminación por motivos sindicales y si, por lo tanto, la decisión empresarial podría vulnerar el derecho fundamental a la libertad sindical.

Respecto de la situación de IP que tiene reconocida el trabajador, la LGSS establece, en su art. 193, que la IP es aquella situación de un trabajador que se encuentra total o parcialmente incapacitado para trabajar. El art. 194 señala varios grados de IP, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo. En este sentido, la IP total impedirá al trabajador afectado llevar a cabo su profesión habitual, pero no dedicarse a otra diferente. Así las cosas, Don Sergio tiene reconocida una IP total, por lo que surge la duda, ante la extinción de su contrato de trabajo, de si este hecho puede haber motivado el despido y si, por lo tanto, en tal decisión empresarial existe discriminación por motivos de discapacidad.

⁴³ BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011.

⁴⁴ BOE n.º 189, de 8 de agosto de 1985.

⁴⁵ FD 2.º de la STS 7910/2001, de 16 de octubre [TOL4.966.533].

⁴⁶ FD 3.º de la STSJ de Asturias 4098/2003, de 19 de diciembre [AS 2004\1240].

Ambas posibilidades, la discriminación por motivos sindicales y por motivos de discapacidad, de ser acreditadas, afectarían a la consecuencia jurídica de la decisión empresarial tomada por CONTRATOPHONE S.A., como se tratará más adelante.

5. RECAPITULACIÓN

Después de haber expuesto el análisis de las cuestiones alrededor de la calificación jurídica que merece la decisión tomada por la empresa CONTRATOPHONE S.A., en relación con tres de sus trabajadores, es posible indicar los resultados extraídos de este capítulo.

Primero, la decisión tomada por la empresa en relación con Doña Carmen pretende tramitarse como un despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo. No concurre aquí la nota de culpabilidad o voluntariedad de la disminución, ya que la trabajadora se encuentra en una situación de IT derivada de un accidente no laboral, por lo que la disminución del rendimiento no resulta imputable a la trabajadora.

Segundo, la decisión empresarial que afecta a Don Agustín se tramita por la empresa como un despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes que superan el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos en un período de doce meses. Sin embargo, la empresa computa dos días de ausencia que deberían estar excluidos del cómputo por tener su razón de ser en un tratamiento médico de cáncer.

Tercero, por lo que respecta a Don Sergio, la empresa procede a su despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes que superan el veinte por ciento en dos meses consecutivos. No obstante, la empresa no tiene en cuenta si el total de faltas de asistencia de Don Sergio en los doce meses anteriores alcanza el cinco por ciento de las jornadas hábiles.

Por último, como conclusión de este capítulo, cabe señalar que el hecho de que Doña Carmen se encuentre al tiempo de su despido en situación de IT derivada de un accidente no laboral –con diagnóstico de latigazo cervical–, y que Don Agustín y Don Sergio hayan sufrido a lo largo del tiempo recurrentes ausencias laborales motivadas por enfermedades comunes, hace presumir que la verdadera causa de estos despidos es el factor enfermedad y la consiguiente pérdida de rentabilidad que al empresario le acarrearán estas circunstancias, las cuales ha tratado de subsumir en ciertos preceptos legales del ET.

Capítulo II

ACCIÓN LEGAL FRENTE A LA DECISIÓN EMPRESARIAL

1. PLANTEAMIENTO

En este capítulo se tratará de determinar si existen razones o motivos jurídicos para impugnar las decisiones tomadas por la empresa con respecto a Doña Carmen, a Don Agustín y a Don Sergio.

De acuerdo con lo expuesto y con las conclusiones extraídas en el primer capítulo, parece claro que los tres trabajadores han sido despedidos por razón de su imposibilidad para prestar servicios, bien se haya mantenido la imposibilidad en el momento de proceder al despido –como ocurre en el caso de Doña Carmen–, o bien las imposibilidades hayan sido previas al momento del despido –como es el caso de Don Agustín y Don Sergio–. Esta conclusión clave ha sido alcanzada a través de los siguientes razonamientos. En primer lugar, los tres trabajadores integran un grupo de trabajo formado por veinte personas, cuya finalidad es realizar un concreto número de ventas de servicios de telefonía en el período de primavera, por lo que se presume que, en términos de eficiencia económica, a la empresa no le resulta rentable contar con trabajadores enfermos o proclives a la enfermedad que dificulten el logro del objetivo prefijado. En segundo lugar, en los tres casos, la empresa no cumple los preceptos legales a los que se acoge para despedir.

Así pues, parece claro que la razón última de los despidos ha sido el estado de salud de los tres trabajadores. Es obvio que no cabe calificar el factor enfermedad como justa causa a la hora de despedir a un trabajador y, en este sentido, ninguna de las tres extinciones será justa o procedente. Sin embargo, resulta necesario determinar si esta causa real afecta a valores o intereses constitucionales, dicho de otro modo, valorar si alguna de las tres decisiones extintivas puede ser nula⁴⁷.

La decisión de extinguir el contrato de trabajo de un trabajador enfermo ha sido valorada en multitud de ocasiones tanto por el TC, como por el TS y por el TJUE. Por eso se tomarán como base los pronunciamientos de estos tribunales para determinar si, en el presente caso, es posible que los trabajadores impugnen los despidos y en función de qué motivos pueden hacerlo.

2. DERECHO A LA SALUD Y POSIBLE INFRACCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando un empresario despide a un trabajador por motivo de encontrarse este en situación de IT, o debido a sus ausencias justificadas al trabajo por motivos de enfermedad –siempre y cuando no alcance el número de ausencias previstas en el art. 52.d)–, actúa sin cobertura legal⁴⁸. Pero, además de actuar sin cobertura legal, puede ser

⁴⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La Incapacidad Temporal como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 121.

⁴⁸ TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de Incapacidad Temporal*, op. cit., p. 156.

que el empresario vulnere alguno de los derechos contenidos en la CE, como son, el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la salud.

El art. 15 CE establece que *«todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral»*. Por su parte, el art. 43.1 del mencionado texto legal reconoce el derecho a la protección de la salud. Tradicionalmente, el TC ha interpretado que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es *«el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento»*, por lo que el derecho a la integridad física se encuentra claramente relacionado con el derecho a la salud⁴⁹. En este sentido, la doctrina constitucional ha ido aclarando progresivamente que el derecho a que no se perjudique la salud queda comprendido en el derecho a la integridad física, siempre y cuando exista un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse, es decir, siempre que el daño causado entrañe un peligro grave y cierto para la salud⁵⁰.

Así las cosas, de las palabras del TC cabe deducir que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud determina una vulneración del derecho fundamental a la integridad física, sino que se requiere que concurra un peligro grave y cierto para la salud, para así poder apreciar la vulneración del mencionado derecho fundamental⁵¹.

Tras examinar los distintos pronunciamientos de los tribunales del orden jurisdiccional con relación a este tema, se puede afirmar que un peligro grave y cierto para la salud vendría constituido por el hecho de que la empresa coaccione o amenace a un trabajador en situación de IT con ser despedido si no se reincorpora a su trabajo⁵². Por tanto, lo relevante para que tenga lugar una vulneración del derecho a la integridad física es el hecho de que la empresa coaccione y presione al trabajador que se encuentre en IT para que este solicite el alta médica, tomando represalias en el caso de no hacerlo⁵³.

En sentido contrario a lo anterior, el TS ha negado en múltiples ocasiones la asimilación de estos derechos al entender que el derecho a la protección de la salud debe ser desvinculado del derecho a la integridad física, que únicamente quedaría integrado por la incolumidad corporal⁵⁴. Asimismo, este Tribunal también ha alejado ambos derechos al entender que el art. 43.1 CE, relativo al derecho a la protección de la salud, tiene una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que no podrá ser alegada su vulneración en vía de amparo constitucional⁵⁵.

Tras analizar los argumentos dados por los tribunales, se deben aplicar sus criterios al supuesto para determinar si ha existido un quebrantamiento del derecho a la salud o a la integridad física. Con respecto a la IT sufrida por Doña Carmen y a la

⁴⁹ FD 2.º de la STC 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996\207].

⁵⁰ V., entre otras, las STC 220/2005, de 12 de septiembre [RTC 2005\220], y 160/2007, de 2 de julio [RTC 2007\160].

⁵¹ MORENO MÁRQUEZ, A.: «Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego», *Aranzadi Social*, n.º 11, 2010, pp. 117 y ss.

⁵² La STS de 31 de enero de 2011 [RJ 2011\922] avala la calificación de nulidad de un despido cuando la decisión de la empresa de despedir se basa en el hecho de que el trabajador no haya solicitado el alta médica voluntaria y no se haya reincorporado a su puesto de trabajo.

⁵³ STSJ de País Vasco de 27 de junio de 2003 [AS 2003\2833].

⁵⁴ STS de 22 de noviembre de 2007 [RJ 2008\1183].

⁵⁵ FD 4.º de la STS de 27 de enero de 2009 [RJ 2009\1048].

sufrida por Don Agustín, no se puede probar que la empresa haya adoptado medidas coactivas o haya exigido a los trabajadores la reincorporación inmediata a su puesto de trabajo o la reanudación de sus obligaciones laborales. Por otro lado, no se conoce si Don Sergio ha iniciado procesos de IT por los recurrentes dolores de cabeza, o si sus ausencias están justificadas con meros justificantes médicos que posibilitan la inasistencia al trabajo, por lo que en este caso tampoco es posible afirmar la violación de los derechos comentados.

En definitiva, no ha existido una vulneración del derecho a la protección de la salud ni del derecho fundamental a la integridad física, puesto que la empresa CONTRATOPHONE S.A., no ha procedido al despido de los tres trabajadores como represalia derivada del ejercicio del derecho a la salud, ni ha provocado un peligro para la salud de los trabajadores calificable como grave y cierto.

3. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL

Una vez que ha quedado determinado que ninguno de los tres despidos supone una vulneración del derecho fundamental a la integridad física ni del derecho a la protección de salud, procede analizar entonces si las decisiones extintivas tomadas por la empresa suponen un quebrantamiento del derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 CE, lo cual acarrearía su nulidad.

3.1. Aproximación al principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación ha sido recogido en multitud de normas internacionales y comunitarias, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁶ (art. 2.2) o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁷ (arts. 20 y 21).

A nivel internacional, en el ámbito laboral, además de las normas señaladas, destaca el Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación⁵⁸. Esta norma recoge en su art. 1.1 distintos motivos de discriminación a efectos del Convenio, entendiendo finalmente por discriminación, en su apartado segundo, *«cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación»*.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico el citado principio se encuentra configurado como un derecho fundamental, recogido en el art. 14 CE⁵⁹ de la siguiente manera: *«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

⁵⁶ BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977.

⁵⁷ DOUE n.º 83, de 30 de marzo de 2010.

⁵⁸ BOE n.º 291, de 4 de diciembre de 1968.

⁵⁹ TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de Incapacidad Temporal*, op. cit., p. 141.

Por su parte, el art. 14 CE, contiene dos apartados claramente diferenciados. El primero de ellos se centra en la igualdad ante la ley, mientras que el segundo hace referencia a la prohibición de discriminación por una serie de motivos aparentemente tasados. Sin embargo, la expresión que cierra el listado de motivos, se refiere a «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*», lo que posibilitaría aplicar el amparo antidiscriminatorio a otros supuestos de hecho distintos de los listados en el precepto⁶⁰. La cuestión central a resolver radica en determinar si es posible llevar a cabo una interpretación flexible mediante la cual el despido de un trabajador, que tiene como razón última su enfermedad o estado de salud, puede ser considerado como un factor de discriminación incluido en el art. 14 CE o si, por el contrario, se debe llevar a cabo una interpretación más estricta que no permita tal inclusión.

En el ámbito laboral, este precepto constitucional ha sido objeto de desarrollo en el ET a través del art. 4.2.c) y del art. 17. El art. 4.2.c) impone en su segundo párrafo la obligación de no discriminar a los trabajadores por razón de su discapacidad, siempre que se encuentren en condiciones de realizar la prestación de que se trate. Por su parte, el art. 17 señala que se reputarán nulas aquellas decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad.

3.2. La enfermedad como motivo de discriminación. Análisis de la jurisprudencia nacional y comunitaria

En la práctica, cuando se despide a un trabajador como consecuencia de su enfermedad o enfermedades, la empresa suele recurrir a una causa disciplinaria u objetiva falsa, pero, como ya se ha explicado anteriormente, la ausencia de causa legal no acarrea por sí misma la nulidad del despido. Ahora bien, el hecho de despedir a un trabajador única y exclusivamente por este motivo sí puede llegar a comportar la nulidad del despido, siempre y cuando se cumplan las condiciones que han ido determinando los tribunales.

Para analizar si, en el caso objeto de estudio, ha existido o no vulneración de la prohibición de discriminación con respecto a cada uno de los trabajadores, serán expuestos los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes hasta la fecha relacionados con esta cuestión.

La STS de 29 de enero de 2001⁶¹ resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina y asienta las bases sobre las que se sustentará la línea jurisprudencial seguida en multitud de sentencias posteriores⁶². En este caso, tiene lugar el despido del actor sin que concurra la causa alegada, quedando probado que la razón real de la extinción del contrato habían sido las distintas bajas médicas del trabajador y la consiguiente pérdida de rentabilidad para la empresa. El TS establece, en relación con la expresión de «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» que la misma «*no puede interpretarse en el sentido que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en este caso la prohibición de discriminación se*

⁶⁰ TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de Incapacidad Temporal*, op. cit., p. 149.

⁶¹ STS de 29 de enero de 2001 [RJ 2001\2069].

⁶² V., asimismo y entre otras, las STS de 18 de diciembre de 2007 [RJ 2008\800] y de 22 de septiembre de 2008 [RJ 2008\5533].

confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta». Si bien es cierto que la mencionada expresión ha sido configurada con la intención de incluir en el propio art. 14 CE nuevas formas de discriminación surgidas con el paso del tiempo, *«la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo [...] no es un factor discriminatorio en el sentido estricto [...] aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación»*, como lo sería, por ejemplo, el supuesto de enfermedades derivadas del embarazo⁶³.

La segregación, según la Real Academia Española, supone la separación o marginación de un grupo determinado⁶⁴, por lo que para que un despido sea discriminatorio, el trabajador despedido deberá encontrarse integrado en un grupo social definido y ser despedido por pertenecer a dicho grupo⁶⁵. El TS ha establecido en la sentencia objeto de estudio una clara diferencia entre el hecho de despedir a un trabajador porque padece una enfermedad específica, y el hecho de despedir a un trabajador por motivo de una enfermedad que lo incapacita para desarrollar su trabajo y hace que el mantenimiento del contrato no resulte beneficioso para la empresa.

El TC también se ha manifestado al respecto, con un pronunciamiento que ha supuesto un hito y ha condicionado toda la jurisprudencia posterior en relación con este tema. En la STC 62/2008 de 26 de mayo⁶⁶ se ha cuestionado la posible discriminación a causa de un factor no listado en el art. 14 CE, como es el estado de salud del actor. El TC comienza señalando que *«lo que caracteriza a la prohibición de discriminación [...] es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado»*. El TC prosigue diciendo que, existirá discriminación siempre que el factor enfermedad haya sido tenido en cuenta como un elemento de diferenciación o segregación, o bien, se haya estigmatizado a la persona que padece la enfermedad, con independencia de cualquier consideración que permita vincular el estado de salud de un trabajador con la aptitud o la capacidad de este para llevar a cabo la prestación laboral objeto de su contrato de trabajo. La STC concluye que, en este caso, a pesar de que el actor ha sido despedido por haber estado incurrido en distintos procesos de IT –todos ellos previos a su contratación, derivados de la misma dolencia, desconocidos por la empresa y relacionados con su profesión habitual–, el despido no vulnera la prohibición de discriminación, ya que la empresa no ha extinguido la relación laboral por el hecho de estar el trabajador enfermo, sino por considerar que los procesos de IT sufridos le incapacitan para el desarrollo de su trabajo⁶⁷.

Por su parte, la jurisprudencia del TJUE ha ido matizando y ampliando progresivamente el concepto de discapacidad, así como la posible incorporación en el mismo del concepto de enfermedad, por lo que las resoluciones emanadas de los

⁶³ STC 17/2007, de 12 de febrero [RTC 2007\17].

⁶⁴ Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (23ª ed.). Consultado en: <http://dle.rae.es>.

⁶⁵ En este sentido, la SJS n.º 3 de Castellón de la Plana 269/2005, de 7 de junio [AS 2005\2559] declaró la nulidad de un despido a un trabajador portador del virus VIH por no responder a criterios de rentabilidad, sino a una pretensión claramente segregacionista.

⁶⁶ STC 62/2008 de 26 de mayo [RTC 2008\62].

⁶⁷ El voto particular formulado en la STC 62/2008 señala que existen enfermedades o dolencias crónicas que, no alcanzando el grado de una discapacidad, constituyen una categoría intermedia entre esta y una mera enfermedad funcional para el trabajo y originan acciones discriminatorias que es necesario proteger mediante el art. 14 CE.

tribunales españoles deberán acomodarse a la reciente jurisprudencia de la Unión Europea⁶⁸.

Así, el TJUE, a través de la STJUE asunto *Chacón Navas*⁶⁹, ha llevado a cabo un análisis de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁷⁰ (en adelante Directiva 2000/78/CE), definiendo el concepto de discapacidad y ofreciendo una delimitación conceptual entre la enfermedad y la discapacidad. La SJUE asunto *Chacón Navas* se produjo como consecuencia de una cuestión prejudicial en la que se formulaba la posibilidad de que el concepto de discapacidad pudiera englobar la situación de enfermedad, con base en lo contemplado en la Directiva 2000/78/CE.

Respecto del concepto de discapacidad, la Directiva 2000/78/CE no ofrece una definición clara y bien delimitada, sino que únicamente establece, en los arts. 1, 2.1 y 3.1.c), la prohibición de discriminación en el empleo por razón de discapacidad. Por ello, la STJUE (párr. 43) ha definido el concepto de discapacidad como «una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional». En lo concerniente a la delimitación conceptual entre la enfermedad y la discapacidad, el TJUE ha interpretado que el hecho de que la Directiva 2000/78/CE utilice de forma intencionada el concepto de discapacidad, diferenciándolo del concepto de enfermedad, permite excluir la equiparación entre ambos conceptos. La STJUE concluye (párr. 47) que el trabajador despedido por un empresario a causa de la incapacidad funcional asociada a una enfermedad no se encuentra incluido en el marco de protección establecido por la Directiva 2000/78/CE.

A la doctrina mantenida por el referido tribunal en el asunto *Chacón Navas*, se suma la comprendida en la STJUE asunto *Ring*⁷¹, que supone un punto de inflexión, puesto que la mencionada STJUE (párr. 41) ha afirmado que si una enfermedad de larga duración, ya sea curable o incurable, acarrea una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, dicha enfermedad puede estar comprendida en el concepto de discapacidad protegido por la Directiva 2000/78/CE y definido por el TJUE. En este caso, el tribunal obliga a valorar la concreta patología, para observar si la misma puede considerarse de carácter duradero o no delimitada en cuanto a su terminación, en cuyo caso, la enfermedad podría quedar comprendida dentro del concepto de discapacidad⁷². En suma, este pronunciamiento del TJUE puede ser considerado como un pequeño progreso con respecto a la doctrina reiterada del TS y del TC.

Los pronunciamientos expuestos serán clave para resolver si alguno de los tres trabajadores despedidos puede ampararse en el origen discriminatorio de la extinción en

⁶⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Incapacidad Temporal como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 122.

⁶⁹ STJUE asunto *Chacón Navas*, de 11 de julio de 2006 [TJCE 2006\192].

⁷⁰ BOE n.º 303, de 2 de diciembre de 2000.

⁷¹ STJUE asunto *Ring*, de 11 de abril de 2013 [TJCE 2013\122].

⁷² SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud», *Revista de Información Laboral*, n.º 5, 2017. Versión electrónica: www.westlaw.es [BIB 2017\11172].

el momento de interponer la acción legal. Para ello, también será oportuno tomar en consideración el pronunciamiento derivado de la actual STJUE asunto *Daouidi*⁷³, que implica, de nuevo, un leve avance y supone una continuación de la doctrina instaurada en el asunto *Ring*. Esta sentencia responde a una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, por el JS de Barcelona. En este caso, el trabajador en cuestión había sido despedido mientras se encontraba en situación de IT derivada de un accidente laboral, alegando la empresa en la carta de despido la disminución de rendimiento.

El JS de Barcelona planteó, entre otras cuestiones, la posibilidad de incluir en el concepto de discriminación por discapacidad de la Directiva 2000/78/CE la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta el momento bien valorado profesionalmente, únicamente por el hecho de estar en situación de IT de duración incierta. El TJUE respondió a esta cuestión teniendo en cuenta, de nuevo, la perspectiva temporal de la enfermedad o, en otras palabras, el restablecimiento incierto de la salud del trabajador. El tribunal entiende como necesaria una valoración de la dolencia en aras a calificar la misma como duradera, entendiendo que la limitación será duradera cuando, en la fecha del despido potencialmente discriminatorio, la enfermedad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo. Ahora bien, el concepto de duradera deberá ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, correspondiendo al juez nacional de cada Estado comprobar si la limitación de la capacidad del trabajador tiene carácter duradero, sirviéndose para ello de todos los elementos objetivos de los que disponga, tales como documentos, certificados o datos médicos, entre otros. Únicamente cuando el juez nacional llegue a la conclusión de que la limitación de la capacidad del trabajador es duradera, podrá apreciarse la inclusión de la enfermedad en el concepto de discapacidad, la consiguiente discriminación y, consecuentemente, la nulidad de la decisión extintiva.

En definitiva, aunque la casuística es muy amplia y variada, las resoluciones expuestas son aquellas más destacadas y en las que se apoya gran parte de la jurisprudencia menor a día de hoy. No conviene olvidar que, en un inicio, se afirmó tanto por el TS como por el TC que el factor enfermedad no es una causa de discriminación, salvo cuando resulte apreciable el elemento de segregación, al entender que la enfermedad como tal es una condición inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o trabajadores⁷⁴. La evolución llevada a cabo por el TJUE ha otorgado una mayor protección a los trabajadores y ha permitido concluir que, siempre que la enfermedad no se encuentre bien delimitada en el tiempo o pueda prologarse de forma significativa y duradera, podrá ser subsumida en el concepto de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE.

En el presente caso, por lo tanto, será necesario determinar si los despidos de Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio son despidos viciados de nulidad por discriminación o si, por el contrario, la empresa CONTRATOPHONE S.A., ha incurrido en una conducta improcedente, pero no nula. En función de la consecuencia jurídica de las decisiones se podrán matizar los motivos exactos con los que cuentan los trabajadores para efectuar una eventual impugnación frente a las decisiones extintivas.

⁷³ STJUE asunto *Daouidi*, de 1 de diciembre de 2016 [TJCE 2016\308].

⁷⁴ STS de 27 de enero de 2009 [RJ 2009\1048].

4. LA IMPROCEDENCIA DE LAS DECISIONES

Para analizar si Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio tienen motivos para impugnar sus respectivos despidos, alegando su nulidad o improcedencia, se debe partir de la siguiente idea. El hecho de que la empresa haya tomado las decisiones extintivas, respecto a tres de los trabajadores de un equipo de trabajo formado por veinte trabajadores, podría valorarse en el sentido de que la empresa ha configurado una categoría de trabajadores caracterizados por la misma circunstancia, la enfermedad, para infringirles un trato discriminatorio prohibido por el art. 14 CE⁷⁵.

Sin embargo, el simple hecho de que los despidos coincidan en el tiempo no parece suficiente para acreditar la existencia de una intención empresarial de segregación de trabajadores, que no tienen más características en común que encontrarse, o haberse encontrado previamente al despido, enfermos⁷⁶. Así pues, el que la empresa haya decidido despedir a tres trabajadores en estas circunstancias, no es un hecho que, por sí mismo, baste para confirmar la discriminación, sino que esta existirá si, y solo si, ha existido esa intención de segregación, independientemente del número de trabajadores afectados por el despido⁷⁷. Por todo ello resulta necesaria la valoración individual de cada una de las decisiones extintivas efectuadas por la empresa.

4.1. Despido de Doña Carmen

En el caso se pone de manifiesto que Doña Carmen sufrió un accidente de tráfico, padeciendo un «*latigazo cervical*», por el cual le es librado comunicado de baja médica por IT. La empresa procede a su despido cuando esta lleva veinte días de baja laboral. Se tiene conocimiento de que la empresa se ampara en una causa ficticia para proceder a la extinción del contrato. Pero, la cuestión ahora es tratar de dilucidar si existe algún motivo legal para que Doña Carmen pueda alegar la nulidad del despido.

El art. 55.5 ET señala aquellos supuestos en los que el despido disciplinario puede ser declarado nulo. Este precepto tiene como objetivo proteger con la nulidad del despido a aquellos trabajadores que han suspendido su contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, delegación de guarda, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural. Asimismo, el precepto protege a las trabajadoras embarazadas antes de que estas suspendan su contrato de trabajo, a trabajadores que hayan solicitado algún tipo permiso o excedencia concreta y a las «*trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de sus derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral*». En nuestro caso no se tiene conocimiento sobre si Doña Carmen se encuentra en alguno de estos supuestos por lo que no se podrá amparar en ninguno de estos motivos de nulidad para impugnar su despido.

Además, el art. 55.5 ET también establece lo que sigue: «*Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la*

⁷⁵ FD 5.º de la STSJ de Cataluña 5340/2006, de 12 de julio [AS 2007\509].

⁷⁶ FD 3.º de la STS de 22 de enero de 2008 [RJ 2008\1621].

⁷⁷ CÁMARA BOTÍA, A.: «De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador», *Aranzadi Social*, n.º 4, 2007. Versión electrónica: www.westlaw.es [BIB 2007\538].

Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador».

En relación con este motivo de nulidad, ya se ha manifestado con anterioridad que con el despido de Doña Carmen no se quebranta el derecho a la salud ni tampoco el derecho fundamental a la integridad física, ya que la trabajadora no sufre, previamente al despido, ningún tipo de presión o coacción por parte de la empresa para reincorporarse a su puesto de trabajo.

En cuanto a la posibilidad de que el despido sea nulo por tener como móvil alguna causa de discriminación, se puede afirmar, a la vista de los pronunciamientos judiciales comentados, que la decisión de la empresa CONTRATOPHONE S.A., con respecto a Doña Carmen, no ha venido motivada por la concreta dolencia, sino por el hecho mismo de su ausencia al trabajo, que repercute inevitablemente en la eficiencia económica de la empresa y, más concretamente, en la eficiencia del grupo de trabajo al que están adscritos los trabajadores despedidos. A esta conclusión se ha llegado con base en los siguientes razonamientos: en primer lugar, no se trata de un supuesto en el que el despido se produzca con una finalidad estigmatizadora. En segundo lugar, el hecho de que Doña Carmen haya sido dada de alta pocos días después de ser despedida hace presumir que su situación de IT no es de carácter duradero en el tiempo y, por tanto, no es posible incluirla dentro del concepto de discapacidad. Y, en tercer lugar, una valoración de la patología sufrida por la trabajadora –de tan sólo veinticuatro días de duración– pone de manifiesto que la misma presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo.

En suma, Doña Carmen no podrá alegar la nulidad de la extinción por no darse ninguno de los motivos necesarios para ello, pero sí podrá motivar la impugnación del despido en la improcedencia, con base en art. 55.4 ET. Según este precepto, el despido disciplinario se considerará improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento grave y culpable –la disminución continuada y voluntaria del rendimiento– aducido por el empresario en su escrito de comunicación⁷⁸.

4.2. Despido de Don Agustín

Acerca del despido de Don Agustín ya se ha examinado que la causa alegada por la empresa –contenida en el art. 52.d) ET– en realidad no concurre, puesto que para llevar a cabo el cómputo de las ausencias la empresa incluye dos ausencias –derivadas de un tratamiento de cáncer– excluidas por la Ley 3/2012. Por lo tanto, el despido será ilícito en todo caso. Lo que ahora importa es analizar si Don Agustín puede ampararse en algún motivo legal para solicitar la nulidad del despido.

El art. 53.4 ET establece aquellos supuestos en los que el despido objetivo será nulo, recogiendo exactamente los mismos supuestos que los vistos para el despido disciplinario. Dado que en el caso no se ofrecen datos al respecto, cabe presumir, nuevamente, que Don Agustín no se encuentra en ninguno de los supuestos de nulidad

⁷⁸ En este sentido se ha pronunciado la reciente STS 366/2016, de 3 de mayo [RJ 2016\2152], estimando la improcedencia de un despido en el que la empresa alegó bajo rendimiento, siendo la causa real de la decisión extintiva la enfermedad de la trabajadora. El hecho de que la enfermedad durase menos de un mes impide al TS apreciar que esta haya acarreado limitación alguna para la participación en la vida profesional en igualdad de condiciones.

previstos en el mencionado precepto, por lo que no podrá alegar con éxito la nulidad del despido.

No cabe apreciar tampoco ninguna lesión del derecho a la salud ni a la integridad física, puesto que la causa del despido no son las concretas dolencias padecidas por Don Agustín, sino la reiteración de ausencias laborales justificadas que ha tenido en un breve periodo de tiempo, y el alcance negativo de estas en el rendimiento laboral.

En el supuesto se desglosan las distintas ausencias por enfermedad en las que ha incurrido el trabajador desde el mes de octubre de 2016 hasta el mes de abril de 2017. Todas ellas responden a patologías distintas –dolor en la zona cervical, gastroenteritis, bronquitis, reacción alérgica, dolor de cabeza, vómitos y cáncer–, por lo que se demuestra que no ha existido el elemento de segregación, ya que la empresa no tiene en cuenta una ausencia temporal debida exclusivamente a una enfermedad concreta, sino que tiene en cuenta la reiteración en el tiempo de ausencias cortas. Además, el hecho de que las ausencias no deriven de una sola patología impide apreciar la discapacidad a largo plazo y, con ello, la existencia de un móvil discriminatorio. Incluso la imposibilidad para trabajar derivada de un tratamiento de cáncer tampoco puede ser estimada como duradera, puesto que esta enfermedad fue diagnosticada pocos días antes de proceder la empresa al despido de Don Agustín. Otro escenario se abriría si, pudiera acreditarse que el trabajador ha sido despedido, precisamente, por padecer cáncer y, en previsión de un tratamiento de duración indeterminada e inhabilitante para el desempeño profesional. Pero el supuesto no aporta datos para avanzar por esta vía. Por todo lo anterior y considerando la doctrina emanada del TJUE, no cabe apreciar la base de discapacidad sobre la que asentar la finalidad discriminatoria del despido⁷⁹.

En definitiva, al no concurrir ninguno de los motivos de nulidad previstos por la legislación, Don Agustín únicamente podrá emprender la acción legal con base en el art. 53.4 ET, que establece la improcedencia del despido objetivo al no poderse acreditar la concurrencia de la causa contenida en la carta de despido.

4.3. Despido de Don Sergio

Por lo que respecta a Don Sergio, este ha sido despedido por la empresa, al amparo del art. 52.d) ET, pero sin darse los requisitos necesarios para la extinción de carácter objetivo, puesto que no se ha tenido en cuenta si los días de ausencia del trabajador en los doce meses anteriores al mes de febrero alcanzan el cinco por ciento de las jornadas hábiles de trabajo, sino que simplemente se le computan las ausencias de los meses de febrero y marzo para proceder a la extinción de su contrato. En el supuesto se dice que se extingue su contrato laboral *«por absentismo laboral en el 54% de los días trabajo por recurrentes dolores de cabeza»*.

Además de los motivos de nulidad comentados en relación con los otros dos trabajadores, en el caso de Don Sergio procede examinar si la empresa puede haber vulnerado la prohibición de discriminación por el hecho de que el trabajador forme parte de un sindicato o por el hecho de tener reconocida una discapacidad.

⁷⁹ FD 2.º de la STS 700/2017, de 21 de septiembre [RJ 2017\4307].

En ningún momento se señala si el trabajador se encuentra en alguna de las situaciones del art. 53.4 ET, por lo que el referido precepto no es aplicable a este caso. Tampoco se infringe el derecho a la salud ni el derecho fundamental a la integridad física, por las razones explicadas con anterioridad.

Por lo que respecta a la existencia de un fundamento discriminatorio por motivos de enfermedad, se debe negar dicha existencia puesto que, en primer lugar, el despido se ha efectuado teniendo en cuenta las enfermedades del trabajador, reiteradas en el tiempo, como una incapacidad funcional para el trabajo, pero en ningún caso como elemento de diferenciación. Además, a pesar de que las ausencias al trabajo lo sean por «*recurrentes dolores de cabeza*», no está clara la patología concreta padecida por Don Sergio, lo que hace imposible valorar si la misma tiene carácter duradero en aras de incluir la enfermedad sufrida por el trabajador en el concepto de discapacidad. En sentido contrario se manifestó la STSJ de Galicia 7395/2015⁸⁰, declarando la nulidad, por discriminatorio, del despido de la actora. La STSJ versa sobre una trabajadora afectada por una patología lumbar que le provoca distintas ausencias justificadas, recurrentes y de escasa duración, apreciándose en la sentencia que la trabajadora afectada por esta enfermedad crónica se encuentra más expuesta a ser despedida que otros trabajadores, ya que tiene más peligro de acumular días de baja y alcanzar así el límite legal del art. 52.d) ET. Esta interpretación no puede ser traída al caso de Don Sergio, puesto que no consta si los dolores de cabeza sufridos por el trabajador y causantes de las ausencias laborales son derivados de la misma patología.

En segundo lugar, cabría la posibilidad de alegar el fundamento discriminatorio de la extinción por el hecho de que Don Sergio fuese despedido a causa de su afiliación sindical o, por haber entrado a formar parte de una sección sindical el día 17 de mayo de 2017, en cuyo caso también se vería vulnerado su derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 28 CE y desarrollado en la LOLS. El hecho de que Don Sergio forme parte del sindicato CGT como Secretario de Organización desde el día 19 de junio de 2015 no parece que haya influido en el despido, puesto que, desde ese momento hasta la fecha de su despido –el 23 de mayo de 2017– habrían pasado casi dos años. Respecto a la posibilidad de que el despido haya venido motivado por haber entrado a formar parte de una sección sindical en la empresa, el día 17 de mayo, y siguiendo la interpretación llevada a cabo por la STS de 25 de noviembre de 2014⁸¹, se debe tener en cuenta que en la fecha en que Don Sergio entró a formar parte de tal sección, la empresa hacía dos días –el 15 de mayo concretamente– que le había notificado al comité de empresa la intención de despedir al trabajador. Además, tampoco constan datos de los que se pueda deducir que la empresa conocía la intención de Don Sergio de entrar a formar parte de la referida sección sindical. Por todo ello, no parece concurrir lesión del derecho a la libertad sindical ni tampoco existencia de un móvil discriminatorio.

Por último, también sería posible alegar la vulneración de la prohibición de discriminación por discapacidad, si se tiene en cuenta que Don Sergio tiene reconocida una IP total. Ya se ha examinado que el hecho de que un trabajador tenga reconocida una IP total no le impide trabajar en una profesión distinta a la profesión para la que tiene reconocida la incapacidad. En este caso, cuando la empresa CONTRATOPHONE S.A., contrató a Don Sergio, este ya tenía reconocida la IP, es decir, la empresa ya

⁸⁰ STSJ de Galicia 7395/2015, de 22 de diciembre [AS 2016\385].

⁸¹ STS de 25 de noviembre de 2014 [RJ 2015\27].

conocía su condición de discapacitado en el momento de proceder a su contratación. Además, no existe una relación de causalidad entre la discapacidad reconocida y las faltas de asistencia al trabajo, es decir, no consta que los recurrentes dolores de cabeza que motivan las faltas de asistencia al trabajo sean derivados de la patología por la que tiene reconocida esa IP⁸². Así pues, al no figurar en el supuesto el diagnóstico, no se puede concluir si la enfermedad causante de los reiterados dolores de cabeza fue la misma que motivó la declaración de incapacidad y por ello, no cabe alegar la discriminación protegida por el art. 14 CE y por los arts. 4.2.c) y 17 ET.

En suma, a pesar de que no concurre ninguna razón para alegar la nulidad del despido, la extinción será en todo caso improcedente al no concurrir la causa alegada por la empresa, que no ha respetado las condiciones legales de determinación del nivel de absentismo relevante, por lo que Don Sergio podrá impugnar el despido tomando como base el art. 53.4 ET.

5. RECAPITULACIÓN

Una vez analizadas las cuestiones relativas a los motivos jurídicos con los que cuentan los trabajadores para emprender la acción legal frente a sus despidos, se pueden exponer los resultados de este capítulo.

La situación de desprotección causada al trabajador que resulta despedido debido a la trascendencia negativa que su enfermedad o enfermedades tienen para el empresario, hace necesaria la creación de unos sistemas de amparo o protección, articulados en la CE y en las leyes, que pueden dar lugar, si se cumplen los requisitos impuestos por los tribunales, a la nulidad de este tipo de despidos. Y ello, para evitar situaciones discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

En el supuesto objeto de estudio, ninguno de los trabajadores cuenta con motivos para alegar la nulidad ya que, primero, sus enfermedades se han tomado en consideración por su incidencia negativa en la productividad, pero no como un factor de diferenciación o segregación de un colectivo o grupo de trabajadores. Segundo, no se puede probar que ninguna de las enfermedades sufridas por los tres trabajadores tenga una proyección temporal tan duradera que condicione su capacidad para trabajar a largo plazo, como sí lo hace una enfermedad crónica. Tercero, no existe una infracción de derechos de carácter constitucional –derecho a la salud y a la integridad física–. Cuarto, la respuesta que deben merecer los actos extintivos no puede ser otra más que la calificación de improcedencia y, en este sentido, los tres trabajadores podrán reconducir sus acciones legales en la inexistencia de la causa legal aducida por la empresa para extinguir sus contratos de trabajo.

⁸² En este sentido, la STSJ de Cataluña 3072/2013, de 30 de abril [AS 2013\2369].

Capítulo III

CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL

1. PLANTEAMIENTO

El presente y último capítulo está dedicado a los efectos inmediatos que acarrearán los despidos efectuados por la empresa, a sus consecuencias jurídicas y, especialmente, a los efectos jurídicos derivados de una eventual declaración de improcedencia previstos en el ET y en la LRJS.

Habida cuenta de que el despido de Doña Carmen tiene carácter disciplinario y el de Don Agustín y Don Sergio carácter objetivo, se estudiarán los efectos jurídicos de la declaración de improcedencia con respecto al despido disciplinario, puesto que, los referidos efectos son extensibles al despido objetivo. En este sentido, el art. 53.5 ET, con respecto al despido objetivo y teniendo en cuenta unas leves modificaciones, señala que *«la calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario»*.

2. EFECTOS DEL DESPIDO

2.1. Efectos extintivos inmediatos

Sin perjuicio de los efectos a largo plazo derivados del despido y siguiendo a MATORRAS DÍAZ-CANEJA, la decisión empresarial de despedir a un trabajador produce efectos de forma inmediata, ya que la decisión extintiva está dotada de ejecutividad por sí misma⁸³. Ello significa que con el despido cesan las prestaciones mutuas del contrato de trabajo, es decir, se extinguen los derechos y obligaciones que hasta entonces regían la relación entre el trabajador y el empresario. Así, el carácter constitutivo del despido extingue en todo caso la relación laboral, sin perjuicio de su posterior calificación como procedente, improcedente o nulo⁸⁴.

Esta aseveración ha sido compartida en la STS de 16 de enero de 2009 en la que se manifiesta que *«el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo [...] de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción»*⁸⁵.

Independientemente de la producción de efectos inmediatos derivados de la decisión extintiva y unilateral del empresario, el trabajador contará siempre y en todo caso con la opción de impugnarla mediante la acción legal de despido y dentro del plazo previsto por las leyes. La finalidad que se persigue con la impugnación del despido es la obtención de una resolución de la autoridad judicial competente acerca de su procedencia, improcedencia o nulidad.

⁸³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, op. cit., p. 69.

⁸⁴ AA.VV.: *Despido: 2018-2019 [y otras formas de extinción del contrato de trabajo]*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 97.

⁸⁵ FD 4.º de la STS de 16 de enero de 2009 [RJ 2009\397].

Respecto al caso, ya se ha determinado la ilicitud e improcedencia de las decisiones de la empresa CONTRATOPHONE S.A., en relación con Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio, pero será necesario que los trabajadores impugnen el despido en el plazo señalado, para evitar que el mismo adquiera firmeza y siga desplegando efectos como si de un despido válido y procedente se tratase.

2.2. Impugnación por los trabajadores

Para poder disfrutar de los derechos que origina la declaración de improcedencia, será necesaria la impugnación del despido. En el caso de Doña Carmen, y en virtud del art. 103 LRJS, la trabajadora podrá reclamar contra el despido disciplinario dentro de los veinte días hábiles siguientes al día en que se hubiera producido. Además, según lo señalado por el art. 65 LRJS, este plazo será suspendido en el caso de que se presente la solicitud de conciliación extrajudicial, cuya concurrencia es requisito necesario para la tramitación del proceso de despido.

En lo tocante a Don Agustín y Don Sergio, el art. 121.1 LRJS dispone que el plazo para impugnar el despido objetivo es de veinte días, a contar desde el día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo. El apartado segundo del mencionado precepto señala que, el hecho de que los trabajadores hayan percibido la indemnización ofrecida por la empresa en este tipo de despido –indemnización de veinte días por año de servicio– no obstaculiza el ejercicio de la acción legal de despido ni supone la conformidad con el mismo.

En los tres despidos el inicio del cómputo para la impugnación tendrá lugar el día siguiente a aquel en que se produzca la extinción contractual por voluntad del empresario, pero lo cierto es que no siempre resulta sencillo fijar con certeza la fecha en la que se ha producido el despido, sobre todo si no coincide con la fecha de cesación efectiva en la prestación de los servicios⁸⁶. En este contexto, los tribunales aclaran que el inicio del cómputo se producirá al día siguiente a la fecha en que efectivamente se produce el cese al servicio de la empresa⁸⁷.

No obstante, en el supuesto, no se tiene conocimiento de cuando se ha producido el cese efectivo de la prestación de servicios, sino que únicamente se conocen las fechas en las que se ha comunicado la extinción a los tres trabajadores, lo que lleva a no poder fijar el plazo exacto durante el cual los trabajadores despedidos podrán interponer la acción de despido.

3. IMPROCEDENCIA POR RAZONES SUSTANTIVAS

Después de haber ejercitado la pretensión impugnatoria mediante una demanda que deberá ser interpuesta ante el JS –bien ante el correspondiente al lugar de la prestación de servicios, o bien ante el correspondiente al domicilio del demandado, a elección de los trabajadores–, y que, deberá cumplir con una serie de requisitos generales exigidos a toda demanda laboral, además de con un conjunto de requisitos

⁸⁶ ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 179 y 189.

⁸⁷ V., entre otras, las STSJ de Cataluña 5824/2005, de 5 de julio [JUR 2006\233570] y de Galicia de 13 de junio de 2001 [JUR 2001\215481].

específicos establecidos en relación con las demandas por despido⁸⁸, tendrá lugar el acto del juicio, que finalizará con un pronunciamiento judicial en forma de sentencia en el que se declarará el despido como nulo, improcedente o procedente.

En función de todo lo expuesto en los capítulos anteriores, ya se conoce que los despidos deberán ser declarados improcedentes, ya que ha quedado patente que el incumplimiento aducido en la carta de despido de Doña Carmen no es posible acreditarlo, ni tampoco las causas alegadas en los despidos de Don Agustín y Don Sergio.

La acreditación de la causa consignada en la carta de despido es el parámetro necesario para determinar la improcedencia o no de un despido, atribuyéndose al empresario la carga de probar dicha causa, bien sea disciplinaria u objetiva⁸⁹. En este sentido, y con base en un supuesto de hecho muy similar al del despido de Don Sergio, la STSJ de Canarias 1333/2014⁹⁰ señala que *«difícilmente cabe afirmar que concurra la causa extintiva, pues aunque la empresa ha acreditado las jornadas hábiles en el periodo de dos meses consecutivos, también tenía que haber probado el n.º de jornadas hábiles en el periodo de los 12 meses anteriores a que se refiere la norma, pues la carga de la prueba sobre dicho requisito adicional incumbe a la empresa demandada, razones todas ellas por las que la demanda debe prosperar y calificarse como improcedente la decisión extintiva al no haberse acreditado por la demandada la concurrencia de la causa legal en que sustenta aquella decisión»*.

Asimismo, y en relación con un despido disciplinario, la STSJ de Andalucía 1047/2008⁹¹ dispone que *«cualquier decisión sin que el empresario acredite la causa del despido es improcedente [...], la falta de prueba de la causa en que se funda la comunicación de despido, o la ineficacia de la misma, conducen a la declaración de improcedencia»*.

En el plano internacional, el Convenio 158 de la OIT, relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador⁹², recoge en su art. 4 la prohibición de poner término a la relación de trabajo sin que exista causa justificada, ya relacionada con su conducta o su capacidad, ya basada en las necesidades de la empresa de que se trate.

Por consiguiente, acogiendo el fallo de las STSJ de Canarias y de Andalucía y teniendo en consideración la disposición internacional mencionada, se puede afirmar una vez más que, en el presente caso, las decisiones extintivas deben ser consideradas improcedentes por razones sustantivas o de fondo, originándose con la improcedencia una serie de efectos que serán tratados a continuación.

4. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE IMPROCEDENCIA

Con base en art. 56 ET, la declaración de improcedencia condena a la empresa CONTRATOPHONE S.A., en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación de

⁸⁸ ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, op. cit., pp. 308 y 309.

⁸⁹ AA.VV.: *Despido: 2018-2019 [y otras formas de extinción del contrato de trabajo]*, op. cit., p. 214.

⁹⁰ FD 2.º de la STSJ de Canarias 1333/2014, de 23 de julio [AS 2014\3006].

⁹¹ FD 3.º de la STSJ de Andalucía 1047/2008, de 27 de marzo [JUR 2009\149754].

⁹² BOE n.º 155, de 29 de junio de 1985.

la sentencia, bien a readmitir a los trabajadores, bien a abonarles una indemnización en la cuantía establecida legalmente. Se trata de obligaciones alternativas, por lo que, en la sentencia que declare la improcedencia del despido deberá figurar la obligación del empresario de cumplir con una u otra⁹³.

Además, respondiendo a las dos últimas cuestiones planteadas en el supuesto, es necesario dejar rigurosamente claro que los trabajadores no podrán exigir la indemnización o la readmisión en función de sus intereses personales, sino que la elección entre la readmisión o la indemnización corresponderá al empresario, según lo dispuesto en el art. 110.1 LRJS.

4.1. Ejercicio de la opción entre la indemnización o la readmisión

No es posible que el trabajador sea readmitido en su puesto de trabajo y reciba también una indemnización por la improcedencia del despido, sino que el empresario deberá optar entre una u otra obligación. La opción escogida, una vez ejercitada, es definitiva e irrevocable, salvo cuando el empresario haya optado por la indemnización y un tribunal superior al que haya declarado la improcedencia decida elevar el importe de la indemnización inicialmente fijado por el tribunal de instancia⁹⁴.

En lo que respecta al ejercicio de la opción, la regla general es que sea el empresario quien tenga asignada esta facultad. Sin embargo, los arts. 56.4 ET y 110.2 LRJS prevén que, cuando el despido declarado improcedente sea el de un representante legal o sindical de los trabajadores, el ejercicio de la opción corresponderá siempre al trabajador. Además, también existe la posibilidad de que mediante convenio colectivo se altere la titularidad del ejercicio de la opción, pasando la misma del empresario al trabajador⁹⁵. Debido a que en el relato de los hechos nada se indica, no se puede asegurar si alguno de los tres trabajadores despedidos podría ser titular de la facultad de optar, por lo que cabe presumir que el ejercicio de la opción le corresponde única y exclusivamente a la empresa.

El ejercicio de la facultad de optar deberá llevarse a cabo en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, no siendo necesario esperar a la firmeza de la misma, si fuese de instancia. Además, la opción deberá ejercitarse a través de un escrito o mediante comparecencia ante la oficina del JS correspondiente. Si el empresario no concreta su decisión en el plazo establecido deberá entenderse que procede la readmisión. Es decir, la readmisión operará por ministerio de la ley ante la falta de opción del empresario⁹⁶. Por tanto, si la empresa CONTRATOPHONE S.A., no procediese al ejercicio de la opción se entenderá que tácitamente opta por la readmisión, con la consiguiente reincorporación de los trabajadores a su puesto de trabajo en idénticas circunstancias a las que regían con anterioridad el despido.

⁹³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, op. cit., p. 81.

⁹⁴ AA.VV.: *Despido: 2018-2019 [y otras formas de extinción del contrato de trabajo]*, op. cit., p. 215.

⁹⁵ V. STS de 26 de julio de 2005 [RJ 2005\7147].

⁹⁶ V., por ejemplo, las STSJ de Asturias 568/2000, de 17 de marzo [AS 2000\384] y de la Comunidad Valenciana 669/2007, de 13 de febrero [AS 2007\1255].

4.1.1. Opción por la indemnización

Puede ser que la empresa CONTRATOPHONE S.A., no pueda readmitir a los trabajadores o bien, que la propia voluntad empresarial sea no readmitirlos, por compensarle más el abono de una cantidad de dinero que soportar los perjuicios económicos que los trabajadores continúen generando con motivo de sus inasistencias al trabajo.

La finalidad buscada con la indemnización es resarcir los daños causados con la extinción ilícita del contrato de trabajo. Así, con base en lo establecido por el art. 56.1 ET, si la empresa opta por la indemnización deberá proceder al abono de 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. Aunque la cantidad de la indemnización está determinada legalmente, puede ser alterada a través de un pacto entre el empresario y el trabajador. El TS así lo ha manifestado mediante la STS de 23 de mayo de 2005 que señala lo que sigue: «...*estando ante un pacto convencional [...] pacto lícito, por no ser contrario a la Ley, la moral, orden público o las buenas costumbres, la conclusión que se extrae es que con el mismo lo que se quiere por las partes que lo suscribieron, fue sustituir en bloque lo establecido legalmente en el art. 56.1 del ET, por el contenido de dicha cláusula pactando una indemnización de 90 días de salario por los años de servicio que tuviera cada trabajador en la empresa*»⁹⁷.

La Ley 3/2012 ha modificado el art. 56.1 ET, generalizando para todos los despidos improcedentes la indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio, frente a los cuarenta y cinco días de salario por año de servicio que preveía la legislación anterior. La reforma laboral del año 2012 implica que, a la hora de fijar la indemnización por despido improcedente, se deba tener en cuenta la fecha de formalización del contrato de trabajo, puesto que el cálculo de la indemnización respecto a los contratos formalizados antes de la reforma laboral y extinguidos con posterioridad a esta, se hará en dos tramos⁹⁸: por el tiempo de prestación de servicios anterior al 2012 el cálculo se hará a razón de cuarenta y cinco días, y, por el tiempo de prestación de servicios posterior al 2012 el cálculo se hará a razón de treinta y tres días.

En el caso objeto de análisis poco interesa lo ahora manifestado, ya que no se conoce si en el momento en que se han formalizado los contratos de Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio ya se encontraba en vigor el actual art. 56.1 ET. Por ello, cabe presumir que las formalizaciones de los contratos han tenido lugar con posterioridad al año 2012, fijándose así la indemnización en treinta y tres días de salario por año de servicio. Tampoco se muestran datos relativos a los salarios que perciben los trabajadores en el momento de extinguirse su contrato, ni se hace ninguna mención a su antigüedad en la empresa, lo que imposibilita fijar la indemnización que percibirían los trabajadores, en el caso de que la empresa optara por esta alternativa. Lo que sí se puede afirmar es que, con respecto a Doña Carmen y Don Agustín, se computarán para la indemnización los períodos de suspensión del contrato por IT⁹⁹.

⁹⁷ FD 6.º de la STS de 23 de mayo de 2005 [RJ 2005\5859].

⁹⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Indemnización por despido improcedente», *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 154, 2012. Versión electrónica: www.westlaw.es [BIB 2012\726].

⁹⁹ La STSJ de Madrid 983/2013, de 18 de noviembre [AS 2014\106], ha dispuesto en su FD 4.º que no pueden excluirse los periodos de IT del concepto «*años de servicio*», para determinar la indemnización de la trabajadora despedida de forma improcedente.

El hecho de que la extinción de Don Agustín y Don Sergio tenga carácter objetivo, origina la necesidad de precisar una importante particularidad con respecto a la indemnización. Así, con base en el art. 53.3.b) ET, si la empresa ha abonado a los dos trabajadores la indemnización prevista para el despido objetivo y, posteriormente, se declara la improcedencia del despido, será obligatorio que se descuenta de la indemnización por improcedencia el importe de la indemnización ya percibida por el despido objetivo.

4.1.2. Opción por la readmisión

La doctrina ha definido la readmisión como la «reincorporación, reposición reanudación o inserción del trabajador a su puesto de trabajo en la empresa en idénticas condiciones a las que regían antes de producirse el despido, de forma que la prestación de servicios se pueda estimar completamente reanudada»¹⁰⁰. El art. 56.2 ET dispone que la readmisión debe comprender el abono de los salarios de tramitación. Por su parte, el art. 278 LRJS señala que el trabajador tendrá también derecho al abono de unos salarios adicionales devengados desde la notificación de la sentencia que declare la improcedencia hasta que tenga efectos la readmisión, salvo que por cualquier razón imputable al trabajador no se pueda efectuar la readmisión en el plazo estipulado. Así pues, si Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio son readmitidos tendrán derecho al abono de los salarios de tramitación –con las especialidades que luego se destacarán– y al abono de los salarios adicionales.

Además, ante una eventual readmisión, la empresa deberá dar de alta a los trabajadores despedidos en la Seguridad Social con efectos desde la fecha de los despidos, y se entenderá que durante todo el periodo comprendido entre el despido y la readmisión han estado cotizando¹⁰¹.

Es posible que, a pesar de haber optado por la readmisión, tenga lugar una imposibilidad sobrevenida, ya sea material o legal, que impida a la empresa readmitir efectivamente a los trabajadores y, en este caso, la ley faculta al juez para dictar un auto en el que ponga fin a la relación laboral, obligando al abono de las prestaciones económicas pertinentes.

Una vez que la empresa haya optado por la readmisión deberá comunicarle por escrito al trabajador, dentro del plazo de diez días, desde la notificación a la empresa de la sentencia, la fecha de reincorporación a su puesto de trabajo, que en ningún caso podrá efectuarse en un plazo inferior a tres días desde la recepción de la comunicación. Si la empresa readmite a los tres trabajadores despedidos en el plazo señalado y de la forma prevista –en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido–, tendrá lugar la denominada readmisión regular. A estos efectos, habrá de considerarse regular toda aquella readmisión que restablezca el contrato de trabajo en iguales condiciones que las que regían antes del despido, conservando el vínculo laboral y la protección de la estabilidad en el puesto de trabajo¹⁰².

¹⁰⁰ SERRANO GARCÍA, M. J.: *La ejecución de los despidos improcedentes*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 257.

¹⁰¹ AA.VV.: *Despido: 2018-2019 [y otras formas de extinción del contrato de trabajo]*, op. cit., p. 237.

¹⁰² FD 2.º de la STSJ de Madrid 1018/2009, de 1 de diciembre [AS 2010\749].

Mientras que en el despido nulo la readmisión es la única opción y, en todo caso, obligatoria¹⁰³, en el despido improcedente, si el empresario no cumple con la readmisión se puede poner fin a la relación laboral a través del incidente de readmisión irregular, recogido en los arts. 280 y 281 LRJS. Sin entrar en detalle sobre aspectos procesales, se debe destacar que el juez podrá dictar un auto declarando extinguida la relación laboral y acordando el abono de las percepciones económicas previstas en los arts. 56.1 y 56.2 ET. Además, en relación con las circunstancias concurrentes y con los daños ocasionados por la no readmisión o readmisión irregular, el juez también podrá condenar al empresario a abonar al trabajador una indemnización accesoria de hasta quince días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.

En el caso de Don Agustín y Don Sergio, igual que ocurría con la opción de indemnización, la opción por la readmisión cuenta con una peculiaridad, y es que, los trabajadores deberán restituir al empresario la indemnización percibida por el despido objetivo, siempre y cuando la sentencia que declara la improcedencia sea firme.

4.2. Salarios de tramitación

Si la empresa CONTRATOPHONE S.A., optara por la readmisión de los trabajadores, estos tendrían derecho a los denominados salarios de tramitación, que equivalen a una cantidad igual a la totalidad de los salarios dejados de percibir desde la fecha de los despidos hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia. En el caso de que los trabajadores hubieran encontrado otro empleo con anterioridad a la sentencia y se probase por la empresa lo percibido en el nuevo empleo, el art. 56.2 ET impone la obligación de descontar el importe de lo percibido de los salarios de tramitación que correspondan.

El pago de los salarios de tramitación corresponde, en exclusiva, al empresario, aunque existen ciertos supuestos –contratas, subcontratas, sucesión de empresas, etc.– en que la responsabilidad, directa o subsidiaria, del pago se deriva a otros sujetos distintos del empresario¹⁰⁴.

Además, para el cálculo de los salarios de tramitación será necesario tener en cuenta tanto el criterio temporal como el salario que percibían los trabajadores al tiempo de ser despedidos. En el presente caso no se proporcionan datos relativos al periodo de tiempo que transcurre entre el despido y la posible declaración de improcedencia, ni tampoco se conoce el salario que los trabajadores reciben en el momento de ser despedidos, por lo que no se podrán fijar los salarios de tramitación, sino que únicamente se podrá confirmar el derecho a percibirlos, siempre y cuando la empresa haya optado por la readmisión.

Previamente al año 2012 los salarios de tramitación también eran debidos en el caso de que el empresario optase por la indemnización, pero, a partir del referido año desaparecen los salarios de tramitación para aquellos casos en los que se opte por la indemnización, siendo únicamente abonables cuando el empresario elija readmitir al trabajador despedido. La razón de ser de esta modificación se encuentra en la

¹⁰³ Excepto cuando la nulidad del despido tenga su razón de ser en el acoso laboral, sexual o por razón de sexo o violencia de género en el trabajo.

¹⁰⁴ AA.VV.: *Despido: 2018-2019 [y otras formas de extinción del contrato de trabajo]*, op. cit., pp. 241 y 242.

Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, que dispone que *«en el caso de aquellos despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, no es necesario el abono de los salarios de tramitación, lo cual se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por otra parte, los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias»*.

Poniendo en conjunción lo dispuesto en la Exposición de Motivos con lo establecido en el art. 56.5 ET¹⁰⁵, se puede afirmar que lo que se pretende con la supresión de los salarios de tramitación para el caso en que ya exista la indemnización, es evitar el montante adicional que le acarrea al empresario el abono de la indemnización junto con los salarios de tramitación. Por otra parte, también se busca prevenir que el empresario recurra a estrategias procesales dilatorias para evitar el pago de dichos salarios. Sin embargo, siguiendo lo establecido en el art. 56.4 ET, si el despedido fuese un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical tendrá derecho a los salarios de tramitación en todo caso, es decir, tanto si optara por la readmisión como por la indemnización.

Sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación ha existido una profunda disparidad, tanto doctrinal como jurisprudencial, que ha terminado reconociendo su naturaleza indemnizatoria y negando la naturaleza salarial¹⁰⁶. En el ámbito concreto de la naturaleza jurídica, la STS de 2 de octubre de 2000 afirma el carácter indemnizatorio y no salarial de los salarios de tramitación¹⁰⁷. Así pues, este tipo de percepción económica supone un resarcimiento a los perjuicios ocasionados al trabajador por los salarios que ha dejado de percibir una vez que es despedido improcedentemente.

Respecto a la suspensión de los salarios de tramitación durante la IT, los tribunales han entendido en diversas ocasiones que *«si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo [...] cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el despido declarado improcedente, en el tramo temporal que coincidan el despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia»*¹⁰⁸. Don Sergio no se vería afectado por esta medida, puesto que no se conoce si ha iniciado procesos de IT por los dolores de cabeza sufridos. Por otro lado, Don Agustín ha sufrido una IT por bronquitis, pero esta situación no se mantiene en el momento de su despido. En el caso de Doña Carmen, en cambio, existe un período posterior al despido –del 22 al 26 de mayo– en el que la trabajadora se mantiene en situación de IT y recibe el subsidio correspondiente, por lo que, durante esos días no se generarían los salarios de tramitación.

¹⁰⁵ Según este precepto, cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días desde la fecha en que se presentó la demanda por el trabajador, el empresario podrá reclamar al Estado el abono de los salarios de tramitación, correspondientes al tiempo que exceda de esos noventa días hábiles.

¹⁰⁶ SERRANO GARCÍA, M. J.: *La ejecución de los despidos improcedentes*, op. cit., pp. 303-309.

¹⁰⁷ FD 2.º de la STS de 2 de octubre de 2000 [RJ 2000\8351].

¹⁰⁸ FD 3.º de la STS de 6 de julio de 2005 [RJ 2005\7326]. V., en este mismo sentido, las STSJ de Madrid 54/2008, de 28 de enero [AS 2008/1088] y de Cataluña 46/2009, de 9 de enero [AS 2009\695].

Como ya se ha visto, en el despido objetivo concurre el requisito formal de conceder un plazo de preaviso de quince días a Don Agustín y a Don Sergio. Si se entiende que la empresa CONTRATOPHONE S.A ha cumplido con el requisito del preaviso, el ET dispone en su art. 123.2 LRJS, que los salarios de tramitación no podrán ser deducidos de los correspondientes al periodo de preaviso.

5. RECAPITULACIÓN

Tras haber estudiado las cuestiones relativas a los derechos derivados de una posible declaración de improcedencia, se pueden puntualizar los siguientes resultados.

En primer lugar, Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio tienen motivos para ser indemnizados o readmitidos, puesto que los tres despidos adolecen de causa legal y, por tanto, deberán ser declarados improcedentes por razones de fondo.

En segundo lugar, con la propia declaración de improcedencia surge el deber de indemnizar o readmitir a los tres trabajadores. La indemnización supone el abono a los trabajadores de una cantidad legamente tasada, aunque la misma puede ser objeto de alteración beneficiosa a favor del trabajador mediante pacto. La readmisión implica la reincorporación de los trabajadores a sus puestos de trabajo en las mismas condiciones que obraban con anterioridad a las extinciones, así como el abono de los salarios de tramitación.

En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre con la declaración de nulidad, donde la readmisión es la única opción válida, en este caso, la declaración de improcedencia crea dos obligaciones disyuntivas: la indemnización o la readmisión. Le corresponderá a la empresa CONTRATOPHONE S.A., decidirse por una u otra opción obligatoriamente, y los trabajadores, salvo que sean representantes de los trabajadores o delegados sindicales, no pueden reclamar una u otra en función de sus preferencias, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir la sentencia que declara la improcedencia del despido, si así lo consideran.

Por último, parece lógico pensar que, si la empresa ha procedido al despido de los tres trabajadores conociendo de antemano la ausencia de la causa alegada en cada una de las cartas de despido, le resulte más conveniente a sus intereses el abono de la indemnización, evitando así que la falta de productividad y rentabilidad continúe en el tiempo si los trabajadores son readmitidos.

CONCLUSIONES GENERALES

Después de haber ofrecido respuesta a todas las cuestiones planteadas en el supuesto, del contenido del presente trabajo cabe extraer algunas conclusiones, que pretenden poner de relevancia los aspectos clave aquí tratados desde un punto de vista crítico.

El despido de trabajadores que tiene como razón última el factor enfermedad es un tema que, lamentablemente, se encuentra en la práctica empresarial cada vez de forma más frecuente. Por tanto, además de exponer las cuestiones teóricas vinculadas a este asunto y ofrecer respuestas que pueden aplicarse a supuestos reales, resulta oportuno introducir una valoración crítica y personal sobre el mismo. Así pues, la realidad muestra que, en un mundo laboral donde prima cada vez más la consecución de objetivos a corto plazo y la búsqueda de la rentabilidad empresarial, los trabajadores que padecen enfermedades son tratados como obstáculos que impiden el logro antedicho. Esto lleva a cuestionarse la validez de los pilares del Derecho del Trabajo, como es, el criterio de causalidad en el despido, así como el papel que juegan los derechos y principios constitucionales en el seno de la relación laboral.

Como primera conclusión, el hecho de que la legislación laboral no penalice con la nulidad –sino con la improcedencia– el despido en el que no concurra causa legal que lo justifique, genera un nivel de desprotección muy importante al trabajador. Además, es posible que al empresario le compense el pago de la indemnización derivada de la calificación de improcedencia del despido con tal de no tener que seguir manteniendo, por los motivos que sea, el vínculo laboral con un concreto trabajador.

Como segunda conclusión, el problema se acentúa todavía más cuando el trabajador es despedido a causa de su salud, concretamente a causa de su mala salud y de las desventajas que esta supone para con la productividad empresarial. El hecho de que los tribunales únicamente aprecien la discriminación en aquellos casos en que la enfermedad se toma como elemento de segregación o cuando es duradera en el tiempo, provoca que la mayoría de los trabajadores despedidos en esta situación no se encuentren suficientemente amparados, salvo que la discriminación sea muy patente y notoria. Estamos ante una materia en la que parece que el ordenamiento jurídico no castiga con la suficiente vehemencia este tipo de despidos, ni disuade al empresario de realizar esta práctica tan abusiva hacia los trabajadores. En el supuesto objeto de estudio ya se ha determinado que ninguno de los tres trabajadores sufría una enfermedad crónica, pero, es obvio que sus despidos los han posicionado en una situación de desigualdad frente a otros trabajadores que, por no sufrir ninguna enfermedad o accidente, no serán apartados de su puesto de trabajo.

Como tercera conclusión, el hecho de que la nulidad no alcance a la mayoría de los despidos a trabajadores por motivo de la imposibilidad temporal para desempeñar su trabajo, desencadena en que, si el empresario opta por la indemnización, derivada de la declaración de improcedencia, la misma no sea suficiente para reparar en su totalidad los perjuicios ocasionados con el despido, al no tener en cuenta la situación personal del trabajador.

Como última conclusión, señalar que las lagunas normativas, en relación con este asunto, son el núcleo del problema. La falta de respuestas por parte de la CE y del ET provoca que los tribunales ofrezcan pronunciamientos confusos. Los avances producidos por vía jurisprudencial suponen mejoras tímidas e insuficientes en la

protección de los trabajadores. Si bien es cierto que el TJUE ha ampliado el margen de acción en aras de incluir el factor enfermedad en el concepto de discapacidad, esto dista mucho de ser la situación ideal. Además, en muchas ocasiones, las respuestas de los tribunales son excesivamente casuísticas y vienen dadas en función de valoraciones subjetivas sobre casos concretos, y no con base a criterios legalmente fijados, originándose así una gran inseguridad jurídica. A mi juicio, es necesaria una reforma legislativa orientada a ofrecer respuestas claras y a buscar un equilibrio más justo entre la libertad del empresario en sus poderes de dirección y la protección, ante el despido, de trabajadores enfermos o propensos a la enfermedad.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Despido: 2018-2019 [y otras formas de extinción del contrato de trabajo]*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ALTÉS TÁRREGA, J. A., BLASCO PELLICER, A. y NORES TORRES, L. E.: *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

CÁMARA BOTÍA, A.: «De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas médicas del trabajador», *Aranzadi Social*, n. ° 4, 2007. Versión electrónica: www.westlaw.es.

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

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Aranzadi, Pamplona, 1983.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: «El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales», *Revista Internacional de Organizaciones*, n.º 8, 2012, pp. 31-60.

MORENO GENÉ, J., ROMERO BURRILLO, A. M.: *La gestión del absentismo laboral. Impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MORENO MÁRQUEZ, A.: «Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego», *Aranzadi Social*, n. ° 11, 2010, pp. 117-127.

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

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La Incapacidad Temporal como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud», *Revista de Información Laboral*, n. ° 5, 2017. Versión electrónica: www.westlaw.es.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Indemnización por despido improcedente», *Revista española de Derecho del Trabajo*, n. ° 154, 2012. Versión electrónica: www.westlaw.es

SERRANO GARCÍA, M. J.: *La ejecución de los despidos improcedentes*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de Incapacidad Temporal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: *El despido por ineptitud del trabajador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

TRILLO GARCÍA, A.R.: «Despido disciplinario procedente por transgresión de la buena fe y solicitud de alta y ulterior prolongación de incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, n. ° 12, 2010. Versión electrónica: www.westlaw.es.

REPERTORIO NORMATIVO

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*BOE* n.º 103, de 30 de abril de 1977).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOUE* n.º 83, de 30 de marzo de 2010).

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 (*BOE* n.º 303, de 2 de diciembre de 2000).

Constitución Española (*BOE* n.º 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (*BOE*, n.º 162, de 7 de julio de 2012).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (*BOE* n.º 245, de 11 de octubre de 2011).

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

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (*BOE* n.º 189, de 8 de agosto de 1985).

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, de 24 de octubre de 2015).

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (*BOE* n.º 261, de 31 de octubre de 2015).

Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (*BOE*, n.º 36, de 11 de febrero de 2012).

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (*BOE* n.º 58, de 9 de marzo de 1977).

Convenio 158 de la OIT, relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (*BOE* n.º 155, de 29 de junio de 1985).

Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (*BOE* n.º 291, de 4 de diciembre de 1968).

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

STJUE asunto *Daouidi*, de 1 de diciembre de 2016 [TJCE 2016\308].
STJUE asunto *Ring*, de 11 de abril de 2013 [TJCE 2013\122].
STJUE asunto *Chacón Navas*, de 11 de julio de 2006 [TJCE 2006\192].
STC 62/2008 de 26 de mayo [RTC 2008\62].
STC 160/2007, de 2 de julio [RTC 2007\160].
STC 17/2007, de 12 de febrero [RTC 2007\17].
STC 220/2005, de 12 de septiembre [RTC 2005\220].
STC de 27 de octubre de 2003 [RTC 2003\192].
STC 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996\207].
STS 700/2017, de 21 de septiembre [RJ 2017\4307].
STS 366/2016, de 3 de mayo [RJ 2016\2152].
STS de 25 de noviembre de 2014 [RJ 2015\27].
STS de 31 de enero de 2011 [RJ 2011\922].
STS de 27 de enero de 2009 [RJ 2009\1048].
STS de 16 de enero de 2009 [RJ 2009\397].
STS de 22 de septiembre de 2008 [RJ 2008\5533].
STS de 31 de enero de 2008 [RJ 2008\2575].
STS de 22 de enero de 2008 [RJ 2008\1621].
STS de 18 de diciembre de 2007 [RJ 2008\800].
STS de 22 de noviembre de 2007 [RJ 2008\1183].
STS de 23 de mayo de 2005 [RJ 2005\9656].
STS de 5 de octubre de 2005 [RJ 2005\7790].
STS de 26 de julio de 2005 [RJ 2005\7147].
STS de 23 de mayo de 2005 [RJ 2005\5859].
STS de 6 de julio de 2005 [RJ 2005\7326].
STS 7910/2001, de 16 de octubre [TOL4.966.533].
STS de 29 de enero de 2001 [RJ 2001\2069].
STS de 2 de octubre de 2000 [RJ 2000\8351].
STS de 25 de enero de 1988 [RJ 1988\43].
STSJ de Cataluña 3767/2017, de 12 de junio [AS 2017\1417].
STSJ de Cataluña 1992/2016, de 5 de abril [JUR 2016\121723].
STSJ de Cataluña 2519/2013, de 9 de abril [AS 2013\1715].
STSJ de Cataluña 3072/2013, de 30 de abril [AS 2013\2369].
STSJ de Cataluña 46/2009, de 9 de enero [AS 2009\695].

STSJ de Cataluña 5340/2006, de 12 de julio [AS 2007\509].
STSJ de Cataluña 5824/2005, de 5 de julio [JUR 2006\233570].
STSJ de Castilla y León 296/2017, de 16 de febrero [JUR 2017\88255].
STSJ de Galicia 7395/2015, de 22 de diciembre [AS 2016\385].
STSJ de Galicia 4590/2013, de 11 de octubre [AS 2013\2868].
STSJ de Galicia de 13 de junio de 2001 [JUR 2001\215481].
STSJ de Andalucía 738/2014, de 3 de abril [TOL4.373.658].
STSJ de Andalucía 1047/2008, de 27 de marzo [JUR 2009\149754].
STSJ de Andalucía 2214/2009, de 9 de junio [AS 2009\1771].
STSJ de Asturias 4098/2003, de 19 de diciembre [AS 2004\1240].
STSJ de Asturias, de 17 de marzo [AS 2000\384].
STSJ de Canarias 1333/2014, de 23 de julio [AS 2014\3006].
STSJ de Canarias 664/2011, de 4 de mayo [AS 2011\2210].
STSJ de la Comunidad Valenciana 669/2007, de 13 de febrero [AS 2007\1255].
STSJ de la Comunidad Valenciana 608/2005, de 28 de febrero [AS 2005\889].
STSJ de País Vasco de 27 de junio de 2003 [AS 2003\2833].
STSJ de Madrid 361/2017, de 18 de mayo [AS 2017\1122].
STSJ de Madrid 983/2013, de 18 de noviembre [AS 2014\106].
STSJ de Madrid 1018/2009, de 1 de diciembre [AS 2010\749].
STSJ de Madrid 54/2008, de 28 de enero [AS 2008/1088].
STSJ de Madrid 110/2006, de 20 de febrero [AS 2006\744].
SJS n. ° 3 de Castellón de la Plana 269/2005, de 7 de junio [AS 2005\2559].