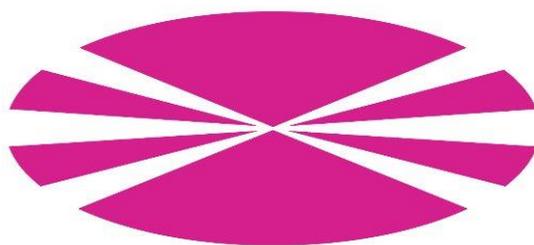


DESPIDO LABORAL POR ABSENTISMO

GRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO DE A CORUÑA



TRABAJO FIN DE GRADO

Año académico 2017/2018 4º Curso

Autora:

Sara Seoane Torreiro

Tutor:

Manuel José Vázquez Pena

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
I.ANTECEDENTES DE HECHO	5
I.1. SUPUESTO DE HECHO.....	5
I.2. NOTA INTRODUCTORIA	6
II. CUESTIÓN PRINCIPAL	9
II.1.LA DECISIÓN DE LA EMPRESA.....	10
II.1.a) Despido de Doña Carmen	10
II.1.b) Despido de Don Agustín	11
II.1.c) Despido de Don Sergio	12
II.2. VALIDEZ DEL DESPIDO	14
II.2.a) Formalidad	14
II.2.b) Causalidad	16
II.3.LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO.....	16
II.3.a) La calificación de Doña Carmen	17
II.3.b) La calificación de D. Agustín	22
II.3.c) La calificación de D. Sergio	24
III. CUESTIÓN SEGUNDA	33
III.1. DEMANDA DE DOÑA CARMEN	34
III.2. DEMANDA DE DON AGUSTÍN	34
III.3. DEMANDA DE DON SERGIO	34

IV. CUESTIÓN TERCERA	35
IV.1. DESPIDO E INDEMNIZACIONES.....	35
IV.2. INDEMNIZACIÓN EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO.....	35
IV.3. INDEMNIZACIÓN EN EL DESPIDO OBJETIVO.....	36
IV.4. INDEMNIZACIÓN POR NULIDAD	36
V. CUESTIÓN CUARTA	37
VI. CONCLUSIONES	38
VII. BIBLIOGRAFÍA	41
VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	43
IX. APÉNDICE LEGISLATIVO	45

ABREVIATURAS

- AA.VV.- Autores varios
- Art. – artículo
- Arts. - Artículos
- *BOE* - Boletín Oficial del Estado
- CC- Código Civil
- CE - Constitución Española (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)
- *DOCE*- Diario Oficial de las Comunidades Europeas
- ET - Estatuto de los Trabajadores -*Real Decreto Legislativo 2/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 13 de noviembre de 2015)*
- IT – Incapacidad Temporal
- IPT- Incapacidad Permanente Total
- LCEur - *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000)*
- LJS – Ley Reguladora de la Jurisdicción Social - *Ley 36/2011, de 10 de octubre, BOE de 11 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre de 2011)*
- LPL – Ley de Procedimiento Laboral - *Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE núm. 86, de 11 de abril de 1995)*
- LO – Ley Orgánica
- LOLS – Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (*BOE* núm. 189, de 8 de agosto de 1985)
- OIT- Organización Internacional del Trabajo *Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981 (BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 1985)*
- RD – Real Decreto
- RDL – Real Decreto Ley
- SJSO- Sentencia del Juzgado de lo Social
- STC – Sentencia del Tribunal Constitucional
- STJUE- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- STSJ- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- TC – Tribunal Constitucional
- TS – Tribunal Supremo
- TSJ – Tribunal Superior de Justicia
- UE – Unión Europea

I. ANTECEDENTES DE HECHO

I.1. SUPUESTO DE HECHO

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

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

Doña Carmen sufre un accidente de tráfico el día 2 de mayo, padeciendo un "latigazo cervical" de acuerdo con el informe médico. Ese mismo día es atendida, y le es librado comunicado de baja médica por incapacidad temporal, iniciando proceso de IT que finaliza el día 26 de mayo. El día 22 de mayo recibe la siguiente carta: "La Dirección de la empresa le comunica que rescinde su contrato de trabajo por la bajada de su rendimiento, que se manifiesta de manera continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible.

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

Por su parte, a Don Agustín se le notifica la rescisión de su contrato el mismo día 22 de mayo a través de otra carta. En ella, se le comunica que la empresa opta por extinguir su contrato al no haber acudido a su trabajo en 21 días sobre las 80 jornadas que le correspondería haber trabajado en los meses de octubre y noviembre de 2016 y en los meses de marzo y abril de 2017. Don Agustín ha presentado siempre justificante médico de sus ausencias. En concreto, el desglose de sus ausencias el siguiente: - En octubre se ha ausentado tres días durante la primera semana del mes por un fuerte dolor en la zona cervical, y en la tercera semana se ausentó dos días por una gastroenteritis. - En noviembre, inició proceso de incapacidad temporal por bronquitis, no acudiendo a su puesto de trabajo durante 6 días por ese motivo. - En marzo, se ausentó 4 días al sufrir una reacción alérgica. - En la primera semana de abril, se ausentó de su puesto de trabajo 4 días por fuertes dolores de cabeza y vómitos, y en la última semana se ausentó dos días debido a su estancia en el hospital por un tratamiento de cáncer que le había sido diagnosticado apenas unos días antes.

Por su parte, a D. Sergio se le comunica el día 23 de mayo la rescisión de su contrato por absentismo laboral en el 54% de los días de trabajo en los meses de febrero y marzo debido a recurrentes dolores de cabeza. Don Sergio es Secretario de Organización del sindicato CGT desde el día 19 de junio de dos mil quince, teniendo reconocida una incapacidad permanente total con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE S.A. Además, es parte de una sección sindical desde el día 17 de

mayo, apenas unos días antes de recibir la carta de despido, si bien el día 15 de mayo la empresa había notificado al comité de empresa su intención de rescindir su contrato.

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

CUESTIONES

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

I.2. NOTA INTRODUCTORIA

El presente comentario pretende realizar una breve introducción al absentismo laboral. Para ello, partiré de una definición conceptual, del lugar que ocupa en nuestro ordenamiento jurídico y algunas de las modificaciones más relevantes.

El absentismo laboral es un fenómeno del cual se derivan importantes efectos tanto sociales y económicos, como de carácter organizativo en el marco de las empresas. No existe una definición concreta en la normativa laboral para el absentismo laboral individual. Sin embargo, sí se ha definido el absentismo colectivo como “la ausencia de un número excesivo de trabajadores, que resulta del hábito de dejar ocasional y frecuentemente de trabajar sin motivo serio, dependiente de factores múltiples y diversos, entre ellos caracteres del individuo, organización y tipo de trabajo, vida familiar, ambiente social” (Olea, Casas)¹. Desde el punto de vista semántico, el Diccionario de la Real Academia define el término absentismo como la “abstención deliberada de acudir al lugar donde se cumple una obligación”. Ambas definiciones son muy amplias y pueden aplicarse a ausencias del trabajo por distintas causas. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo², lo define como “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir”. *No es sencillo conocer las razones por las que un ordenamiento laboral concreto atribuye a unos y a otros supuestos un régimen jurídico distinto, si bien, en líneas generales, los factores que condicionan el mismo son normalmente —aunque no siempre— los tres anteriores, esto es, la existencia o no de causa justificativa, su voluntariedad y su duración.*³ Podemos englobar dentro del concepto de absentismo distintas causas. Por un lado, las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo, que son sancionadas por la empresa con el despido disciplinario del art. 54.2 ET. Por otro, las faltas injustificadas cuando, normalmente, no resultan sancionadas por el empresario, así como visitas al médico sin declaración de Incapacidad Temporal, el acompañamiento a hijos u otros familiares al médico, etc. Otras, derivadas de las excedencias, tanto voluntarias del trabajador⁴. Y por último, las derivadas de supuestos de suspensión del contrato de trabajo⁵. Las faltas de asistencia pueden ser injustificadas o justificadas, siendo las segundas constitutivas de “la causa extintiva más polémica”⁶.

La trascendencia del absentismo laboral no ha pasado desapercibida para el legislador y ha tratado de posibilitar mecanismos capaces de acometer con éxito el problema de las ausencias en el trabajo y evitar que se eleven de manera indebida los costes laborales empresariales. La respuesta a estos problemas ha sido posibilitar a las empresas prescindir de aquellos trabajadores que, con las faltas a su puesto de trabajo, generan unas contraprestaciones onerosas para el empresario vinculadas al contrato laboral. El legislador parte del concepto general de absentismo colectivo para buscar la

² Instrumento de Ratificación Convenio núm.155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad Social y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente del Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981 (BOE núm.270 de 11 de noviembre de 1981).

³ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo: tratamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 11 y ss.

⁴ Art. 46 ET.

⁵ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo: tratamiento jurídico*, op. cit., p. 11 y ss.

⁶ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador, Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p.189.

posibilidad de sancionar una situación individual objetiva. Esto se regula en el artículo 52.d) ET, como causas objetivas de extinción del contrato.

A lo largo de los años, hemos contemplado varias reformas que han afectado a la regulación de los despidos objetivos y que han supuesto una evolución del Estatuto de los Trabajadores, ya que en las modificaciones iniciales no conocía situaciones que fueran distintas al despido individual, basado en el incumplimiento contractual o en circunstancias objetivas referentes a la persona del trabajador, y el despido colectivo, basado en causas económicas o tecnológicas. Aunque el artículo 52 apartado c) del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción inicial, ya se refería al concepto de despido colectivo pero de concreción individual, considerando la amortización individual de un puesto de trabajo como causa de despido individual, por causas objetivas, en empresas de menos de cincuenta trabajadores.

El *Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 junio*⁷, se limitó a ampliar el abanico de supuestos de faltas de asistencias al trabajo que no deben ser computadas como tales, a los efectos del art. 52.d) ET. A tal efecto dicho RDL incluía una disposición final tercera, que bajo la pretensión de “igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo” amplió la lista de faltas de asistencia que no computaban y fuera el tratamiento del absentismo laboral. Habrá que esperar hasta la *Ley 35/2010, de 17 de septiembre*⁸, para que se incida en el absentismo laboral, de manera que se introduce que el contrato de trabajo podrá extinguirse “por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2.5% en los mismos periodos de tiempo”. “*En definitiva, se redujo el requisito del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo exigido para que opere esta causa de extinción del contrato en un 50%, es decir, del 5% al 2,5%.*”⁹

*En los primeros meses del 2012 se modificó el marco normativo laboral de forma considerable por una de las normas que más repercusión pública ha tenido en los últimos tiempos”, en concreto, el RDL 3/2012, de 10 de febrero*¹⁰ (RCL 2012, 147, 181), *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, convalidado posteriormente, con algunas modificaciones a tener en cuenta, por la Ley 3/2012, de 6 de julio.*”¹¹ Antes del RDL 3/2012, existía una limitación al despido por esta causa, puesto que además de requerir el porcentaje del artículo, se exigía además, cumplir un determinado porcentaje relacionado con el índice de absentismo global de la plantilla de la empresa. Se exigía que ese índice global superara el 2,5% en los mismos períodos de tiempo. Esto implica que a las faltas de asistencia sucedidas antes de la entrada en vigor

⁷ *Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (BOE núm. 147 de 17 de Junio de 2010).

⁸ *Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (BOE núm. 227 de 18 de septiembre de 2010).

⁹ MORENO GENÉ, J.: “La nueva configuración de la extinción de contrato de trabajado por absentismo del trabajador”, en AA.VV.: *La gestión del absentismo laboral*, T.V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 161 y ss.

¹⁰ *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (BOE de 11 de febrero de 2011).

¹¹ SALCEDO, BELTRÁN, M.C.: “Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, paraf. 49.

del RDL, no se le aplicará el art. 52.d) ET.¹² “Su aprobación se justifica, como señala la Exposición de Motivos, en la necesidad de proporcionar « (...) a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo.”¹³

“Esta fue la “Reforma Laboral del Partido Popular”, que ha servido en primer lugar para dar mayor poder al empresariado y a la vez ha traído como consecuencia la simplificación y facilitación del despido, con lo cual ha favorecido, de hecho, el despido en tiempos de crisis que es un recurso utilizado muy frecuentemente por los empresarios.¹⁴

La redacción que presenta actualmente este tipo de despido, es la siguiente: “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 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”, exceptuando las causas expresamente tasadas en la norma que no son computables.⁴

El en citado apartado d) del art. 52 refiere a una modalidad de despido basada en una única exigencia fundada en el hecho de que el trabajador haya superado un determinado porcentaje de faltas de asistencia. A diferencia de la regulación anterior al 2012, se elimina la exigencia de que la empresa hubiese alcanzado un determinado porcentaje global de ausencias en un concreto espacio de tiempo. Es decir, anula la vinculación que existía con el resto de la plantilla pasando a calcularse dicho porcentaje sobre las faltas del trabajador individual. Se elimina la redacción siguiente: “siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo”. Por consiguiente, no se trata de que el despido no existiese antes, sino que esta segunda limitación lo minimizaba en la práctica, puesto que dificultaba la prueba de la causa de despido y lo caracterizaba por su incertidumbre e imprevisibilidad a la hora de impugnación judicial.

¹² Real Decreto Legislativo, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

¹³ SALCEDO, BELTRÁN, M.C.: “Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo” *op.cit.* paraf. 49.

¹⁴ MARTÍNEZ VEIGA, U. “La Reforma Laboral de 2012 y el aumento del despido y desempleo en España” en *Revista Andaluza de Antropología*, num.11, septiembre de 2016, <http://www.revistaandaluzadeantropologia.org/uploads/raa/n11/martinez.pdf>, pp. 44-66 [Consulta: 8 de febrero de 2018].

II. CUESTIÓN PRINCIPAL:

¿Cómo calificaría jurídicamente la decisión de la empresa?

II.1 LA DECISIÓN DE LA EMPRESA

La decisión de CONTRATOPHONE, S.A. es el despido para los tres trabajadores, el cual encuentra su base jurídica en el ET y produce la extinción del contrato de trabajo. Esta extinción supone, independientemente de la causa que lo motive, la finalización definitiva de las obligaciones, tanto para el empresario, como para el trabajador. El concepto de despido se utiliza para aquellas causas impuestas al trabajador por la decisión unilateral del empresario.¹⁵ La empresa puede optar por cualquiera de cada uno de los tres despidos regulados en los artículos 54, 52 y 51 del ET, dependiendo de las causas que lo motiven. Estos son el despido disciplinario, el despido objetivo y el despido colectivo, respectivamente.

A grandes rasgos podemos decir que el despido disciplinario se produce por incumplimiento grave y culpable del trabajador, el objetivo cuando se produce por alguna de las causas objetivas que contempla la ley y el despido colectivo cuando se ven afectados un determinado número de trabajadores, que normalmente suele tener un origen en las dificultades que atraviesa la empresa.

Para comenzar, antes de examinar caso por caso, nos centraremos en comprobar si es posible la existencia de un despido colectivo.

*“El supuesto más utilizado por la empresa cuando acude al despido objetivo es la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”*¹⁶. Para que exista la posibilidad de extinción del contrato colectivo¹⁷, se ha de responder a las mismas causas y naturaleza, siendo han de darse dos requisitos. Por un lado, que se cumpla alguna de las causas que lo motivan (económicas, técnicas, organizativas o de producción) y, por otro, debe cumplirse un requisito de carácter cuantitativo que implica que la extinción debe afectar a un número mínimo de trabajadores.

Por consiguiente, siguiendo el enunciado del caso, podemos observar que no concurren ninguna de las causas descritas, es decir, no existen causas económicas, al no desprenderse ninguna situación económica negativa puesto que el día 23 de abril felicitan a los trabajadores por el éxito de la campaña, por lo que no es probable una disminución de ventas. Tampoco concurren causas técnicas debido a que no hay cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción ni tampoco causas productivas por no haber cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende llevar al mercado. Tampoco puede hablarse de despido colectivo por afectar a toda la plantilla puesto que el número total de trabajadores de la campaña es de veinte y solo se despide a tres de ellos. Por tanto, debido a que no existen causas ya no podría ser despido colectivo, por lo que el número de trabajadores mínimo sería indiferente. Sin embargo, si lo miramos desde la perspectiva contraria, en el caso hipotético de que realmente

¹⁵AA.VV. Memento práctico: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo 2018- 2019*, Francis Lefebvre, 2017, p.11

¹⁶ AA.VV. Memento práctico, *op.cit.*, p.495

¹⁷ Art. 51 ET

existiese alguna de esas causas y no se llegase al mínimo de trabajadores requeridos, nos encontraríamos con la posibilidad de un despido objetivo, recogido en el art. 52, apartado c) *“Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.”*

Partiendo de lo expuesto, y descartando el despido colectivo, habrá que atender a la causa alegada para cada caso concreto y así poder determinar qué tipo de despido utiliza la empresa para extinguir la relación laboral de cada uno de sus empleados.

II.1.a) Despido de Doña Carmen

En primer lugar, debemos analizar cuál es la justificación o causa de despido que alega la Empresa. En la carta de Despido podemos advertir *“bajada de su rendimiento, que se manifiesta de manera continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible”*.

Pues bien, el art.54 del ET se refiere al despido disciplinario y señala, en el apartado 1, que *“El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.”*

En este sentido, el apartado 2 del citado Artículo 54 del ET enumera las causas consideradas incumplimientos graves por parte del trabajador y que, por tanto, sí podrían justificar la decisión del empresario de despedirle. La quinta de esas causas, alude a lo que tratamos de localizar *“La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.”*

*“La ley exige la «repetición», esto es, que su duración sea mínimamente representativa para calificarse de falta grave.”*¹⁸

Por tanto, teniendo en cuenta la causa que indica la empresa para la extinción del contrato se deduce que se trata de un despido disciplinario, el cual se regula en diversos preceptos del ET (arts. 54, 55, 56 y 57 ET) y en la *Ley 36/2011, de 31 de octubre, reguladora de la jurisdicción Social*¹⁹ (arts.103 a 113 LJS).

Ahora bien, este tipo de despido, es el más grave de todas las sanciones que el empresario puede imponer a un trabajador. El Tribunal Supremo lo ha ido configurando y definiendo como una sanción que tan solo está justificada existiendo una actuación por parte del trabajador con cierto grado de culpabilidad o por incumplimientos del trabajador de cierta gravedad, notas que han de cumplirse acumulativamente.²⁰ También lo recoge así el art. 1124 del Código Civil.²¹ La vulneración de derechos fundamentales

¹⁸ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo: tratamiento jurídico*, op. cit., p. 22 y ss.

¹⁹ *Ley 36/2011, de 31 de octubre, reguladora de la jurisdicción Social* (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

²⁰ *“Su específica naturaleza obliga a llevar a cabo un estudio de todas las circunstancias constitutivas de grave antijuridicidad”* STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2012, Sala de lo Social [JUR 2013\31611]

²¹ *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil* (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889).

no queda supeditada a la *concurrencia de de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo*.²²

Por su parte, el Artículo 58 del ET, reconoce al empresario el ejercicio del poder disciplinario para imponer esta sanción y ha de ser, pues, objeto de una interpretación restrictiva. Esto implica que, antes de adoptar la decisión de despido, ha de analizarse individualmente cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho y las del trabajador, para poder así determinar la proporcionalidad entre infracción y la sanción a aplicar, siendo el despido la última de las sanciones a llevar a cabo. *“El enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto”*.²³

El empresario tendrá la carga de la prueba, *“en el artículo 105.1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, tras establecerse el orden a seguir en el juicio por despido se contiene una norma referente al "onus probandi" imponiéndose al empresario demandado en reclamación por despido la "carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo”*.

II.1 b) Despido de Don Agustín

Como en el caso anterior, buscaremos cuál es la justificación para el despido que alega la Empresa. En la carta de despido podemos observar que se le notifica la rescisión de 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, presentando justificante médico para todas las faltas.

Según la justificación aportada por la empresa, a Agustín se le despide por causas objetivas de absentismo laboral. Este tipo de despido constituye una decisión unilateral del empresario dirigida a la extinción del contrato de trabajo por circunstancias que afectan a la organización o el funcionamiento de la empresa, es decir, una serie de causas de las que ni el trabajador ni la empresa son culpables y, por consiguiente, no existe conducta culpable y dolosa por parte del trabajador. El contrato podrá extinguirse por “causas objetivas legalmente procedentes”²⁴ y se regula en el ET, en los arts. 52 y 53 y el la LJS, concretamente en los artículos arts. 120 a 123.

Concretamente, el art. 52.d) ET recoge esta forma de extinción por faltas de asistencia al trabajo *“aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses*.

Este precepto recoge además, unas determinadas causas que no serán computables como faltas de asistencia al trabajo”

²² MATORRAS, DÍAZ-CANEJAS., *El despido disciplinario: Forma, Lugar, Tiempo y Efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp.17 y ss.

²³ STS de 27 de enero de 2004, Sala de lo Social [RJ 2004\1500]

²⁴ El art. 49.1.1) ET

II.1.c) Despido de Don Sergio

El enunciado del caso de Don Sergio presenta mayores problemas interpretativos con relación a la causa de despido. Partimos de que la empresa afirma, vagamente, que se trata de un despido por absentismo laboral. *“La inasistencia al trabajo supone incumplir la obligación primera y capital del trabajador, el cual es prestar los servicios a cambio de los que se le retribuye con salario -artículos. 1.1 y 5 a) del Estatuto de los Trabajadores.”*²⁵.

Debemos analizar los dos preceptos de los que disponemos, los cuales validan el despido por faltas de asistencia, para poder encajar la decisión de la empresa en uno de ellos.

Por un lado, el art. 54.2.a) ET, introduce el despido por faltas de asistencia injustificadas. El bien jurídico protegido es el cumplimiento básico del contrato por parte del trabajador, mediante su prestación al trabajo, que *“es la esencial que el trabajador debe al empresario como contrapartida a su retribución empresarial(...).El incumplimiento de esa prestación por parte del trabajador, bien por ausentarse de su puesto de trabajo, bien por no cubrir la totalidad de la jornada pactada, frustra injustificadamente el objeto del contrato de trabajo y permite al empresario resolver el mismo”*.²⁶

El precepto recoge la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, motivado por un *“incumplimiento grave y culpable”* del trabajador, considerando como tal incumplimiento *“las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.”*

El empresario debe acreditar que el trabajador no ha acudido a su trabajo unos días determinados o ha tenido faltas de puntualidad, de manera continuada, concretamente, referidas a jornadas de trabajo y, por el contrario, correrá por parte del trabajador la prueba de contrario de estas causas alegadas por el empresario si no quiere ser sancionado, acreditando la concurrencia de hechos ajenos a su voluntad, puesto que se presume la voluntariedad por parte del trabajador en faltar a su puesto de trabajo. *“La voluntariedad de la conducta humana, por acción u omisión, salvo constatación expresa en contra, es elemento constitutivo de la misma”*²⁷.

La Jurisprudencia señala, en cuanto al número de faltas requeridas, para que se realice un despido disciplinario que *“deberían ser de tres o más las faltas de asistencia, debiendo ser estudiada en cada caso concreto, no operando objetivamente, considerando los efectos que causan y que ningún perjuicio se le ha ocasionado a la empresa. Afirma pues, que las faltas repetidas para que sean consideradas graves a efectos disciplinarios, no está establecido en el Estatuto de los Trabajadores el número de días de ausencias injustificadas, aunque sí en Convenios Colectivos sectoriales, pero existe un criterio general de al menos tres faltas repetidas e injustificadas, y así se ha pronunciado este Tribunal Superior de Justicia en sentencia de 14 de julio de 1993, con cita de la del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990.”*²⁸. Asimismo, el marco temporal que se toma como referencia para computar las ausencias al trabajo, que son

²⁵ STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2014, Sala de lo Social [JUR 2014\292458]

²⁶ AA.VV. Memento práctico, *op.cit.*, p.25

²⁷ STSJ de Extremadura de 21 octubre de 2011, Sala de lo Social. [AS 2011\58]

²⁸ STSJ de Extremadura de 28 de junio de 2013, Sala de lo Social [JUR 2013\250462]

calificadas como infracciones graves del trabajador, “*será de forma exclusiva el periodo de un mes*”.²⁹

*“Así la STS de 10 de febrero de 1990 señala que “Uno de los deberes básicos del trabajador es la ejecución de sus obligaciones conforme a la buena fe y no cabe duda que la inasistencia al trabajo sin existencia, alegación y justificación de causa suficiente, quebranta la exigencia de aquélla y constituye el incumplimiento contractual, que si es grave y reiterado, atendiendo a los elementos objetivos y subjetivos y circunstancias concurrentes, debe constituir causa justa de despido”*³⁰.

Por otro lado, se establece la extinción del contrato para los supuestos en los que el trabajador no tiene voluntariedad en ausentarse de su trabajo, recogiendo supuestos de faltas justificadas e incluso injustificadas. El contrato se podrá extinguir, a tenor del art.52.d) ET, “*por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes*”

Sentado lo anterior, las faltas de asistencia se entenderán injustificadas cuando no obedezcan a ninguna causa razonable, sino que se realizan voluntariamente por el empleado, aun siendo consciente de que es muy probable que su ausencia en el puesto de trabajo provoque un perjuicio a la empresa, y esto se traduzca en su despido por causas objetivas. Por el contrario, las faltas que parecen obedecer a una causa razonable, serán consideradas justificadas, y que por consiguiente, no deberían dar lugar a este despido por causas objetivas, sino más bien a reconocimiento de Incapacidad Temporal para trabajar. El art. 54.d) ET parece diseñado “con independencia de que puedan incluirse algunas ausencias injustificadas a efectos de completar el cómputo”³¹, este precepto está muy lejos de las ausencias que se recogen en el art. 54.2.a) ET, principalmente porque en esta figura se exige un incumplimiento consciente del trabajador de acudir a su trabajo, incompatible con la redacción de “incumplimiento grave y culpable del trabajador”.

Por consiguiente, podemos afirmar que estamos ante despido objetivo por causas justificadas. Este tipo de despido es el mismo que utiliza la empresa para el caso de Agustín, basándose en causas objetivas de absentismo laboral. Como hemos visto, constituye una decisión unilateral del empresario dirigida a la extinción del contrato de trabajo por circunstancias que afectan a la organización o el funcionamiento de la empresa, es decir, una serie de causas de las que ni el trabajador ni la empresa son culpables y, por consiguiente, no existe conducta culpable y dolosa por parte del trabajador. El contrato podrá extinguirse por “causas objetivas legalmente procedentes”³² y se regula en el ET, en los arts. 52 y 53 y en la LJS, concretamente en los artículos arts. 120 a 123.

Concretamente, el art. 52.d) ET recoge esta forma de extinción por faltas de asistencia al trabajo, siendo “*aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de*

²⁹ ROMERO, BURILLO, A.M. en AA.VV.: *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.243

³⁰ STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2014, Sala de lo Social. [JUR 2014\292458]

³¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador, Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005,p.205

³² El art. 49.1.l) ET

asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles.

II.2. VALIDEZ DEL DESPIDO – REQUISITOS

El despido, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene como características, la formalidad y la causalidad, las cuales conforman los requisitos que tiene que cumplir el despido para que tenga validez. Analizaremos cuales son en cada uno de los despidos que se nos presentan (despido disciplinario y despido objetivo).

II.2.a) Formalidad

La formalidad en el despido disciplinario exige, la comunicación escrita. El art. 55.1 ET establece que "*el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos*". El contenido mínimo de la carta será, además que en ella debe hacerse constar, "una manifestación clara y contundente de la voluntad de despedir"³³, conteniendo la fecha de los efectos del despido, así como la conducta merecedora de la decisión del empresario, como requisito general. Amplia Jurisprudencia versa sobre este aspecto "*declarando el despido improcedente por considerar que en la resolución que acordó el despido no se hace referencia alguna a la fecha de efectos del despido.*"³⁴ Para ello es suficiente que el empresario pueda demostrar que ha utilizado la diligencia adecuada para que la comunicación tuviera efecto, aplicando la figura de caducidad como medio de prueba en caso de duda.³⁵

Asimismo, debe dar a conocer al trabajador qué motivos que le llevan a tomar la decisión del despido, así como ofrecerle la oportunidad de defenderse.³⁶ La negativa del trabajador a recibir la carta de despido por cualquier medio fehaciente exonera a la empresa de cualquier responsabilidad.³⁷

Si el trabajador afectado fuese representante legal de los trabajadores o delegado sindical, procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que pertenezca, si los hubiese. Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato. Para exigir la audiencia previa del delegado sindical es preciso que exista en la empresa la figura del delegado sindical de acuerdo con la *Ley Orgánica 11/1985*³⁸, de Libertad Sindical.

³³ MATORRAS, DÍAZ-CANEJAS., *El despido disciplinario: Forma, Lugar, Tiempo y Efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.19 y ss.

³⁴ STS de 3 de junio de 2008, Sala de lo Social. [JUR 2008\222497]

³⁵ TOSCANI GIMÉNEZ, M., ALEGRE NUENO, M. y VALENCIANO SAL, A.: *El nuevo proceso laboral: comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p.208.

³⁶ MATORRAS, DÍAZ-CANEJAS., *El despido disciplinario: Forma, Lugar, Tiempo y Efectos*, op.cit., p.20.

³⁷ GONZÁLEZ, GONZÁLEZ A. *El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 61.

³⁸ *Ley Orgánica 11/1985*, de 2 de agosto³⁸ (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985).

Existen otras formalidades como las establecidas en el convenio colectivo. Sin embargo, este tipo de despido no exige preaviso ni necesidad de indemnizar por parte del empresario. El plazo para imponer la sanción por faltas muy graves es de 60 días desde que la empresa tiene conocimiento de su comisión, por lo que este será el plazo de prescripción para las ausencias.³⁹

Si se cumplen los requisitos formales, el despido será válido. En caso contrario, en un plazo de 20 días el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que se cumplan. Sólo surtirá efectos desde su fecha, siempre y cuando, además de mantener al trabajador dado de alta en la Seguridad Social durante los días intermedios, se pongan también a su disposición los salarios devengados.

La formalidad en el despido por causas objetivas está regulada en el art. 53 ET. De igual modo que en el despido disciplinario, el primer requisito será *“la comunicación escrita al trabajador expresando la causa”*. Esto se realizará de acuerdo a los requisitos de la carta de despido anteriormente expuestos. (Art.53.1.a.ET)

La segunda obligación para el empresario, está incluida en el art. 53.1, apartado b, y será *“Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.”*⁴⁰

*“La finalidad del precepto, al exigir la puesta a disposición de la indemnización, es que el trabajador disponga de la cantidad legalmente fijada como indemnización en el mismo momento de la comunicación del acuerdo de extinción (“simultáneamente”).*⁴¹

La Jurisprudencia ha venido a precisar y delimitar que este requisito de “puesta a disposición simultánea a la comunicación de despido objetivo” sólo se entiende cumplido si, *“(....) en el mismo acto en que el trabajador se sabe despedido (lo que sin duda sucede cuando se le comunica la decisión empresarial), y sin solución de continuidad, sin previsión de otro trámite ni cualquier quehacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la Ley confiere”*.⁴²

Habrà que exceptuar cuando la empresa prueba la falta de liquidez *“en el caso de un despido objetivo por causas económicas en el que la indemnización no se puso a disposición del trabajador en el momento de la entrega de la comunicación de la extinción, pero sí después, la sala desestima el recurso del trabajador, por entender que la empresa acreditó dicha falta de liquidez a través del conjunto de las cuentas bancarias de las que era titular que registraban un saldo negativo”*.⁴³

³⁹ Art. 60.2 ET.

⁴⁰ Art. 53.1.b ET.

⁴¹ STS de 13 de marzo de 2012, Sala de lo Social [RJ 2012\4182]

⁴² STSJ de Castilla y León de 12 de noviembre de 2015, Sala de lo Social [AS 2015\2151]

⁴³ STS de 12 de diciembre de 2017, Sala de lo Social [JUR 2018\22582]

*“La puesta a disposición de la indemnización, simultánea al cese, si bien constituye un requisito de validez del despido (art. 53-1-b ET, en relación con su apartado 4), salvo que se incumpla por un error excusable (art. 122-3 LPL)”.*⁴⁴

Por último, el tercer requisito⁴⁵, será la obligatoriedad de la concesión de un plazo de preaviso de quince días y la entrega de la copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento, siendo el plazo *“computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo.”*

“(…) La no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.” (Art. 122.3 LJS).

El precepto contempla además, el derecho a una licencia para la búsqueda de otro empleo durante el período de preaviso. *“(…) el trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.”*

II.2.b) La Causalidad

La causalidad infiere que se indique la procedencia del despido *“habiendo figurar los hechos que lo motivan”* (art. 55.1 ET), *“expresando la causa”* (53 ET) y se pruebe aquella conducta imputada al trabajador, y que sea motivo suficiente para amparar la decisión del empresario.

II.3. LA CALIFICACIÓN DE LA DECISIÓN

Una vez que el trabajador es notificado de la decisión de despido, si no está de acuerdo con el mismo, podrá, en primer lugar, presentar la denominada papeleta de conciliación. Con este trámite, se suspende el periodo de caducidad del trámite procesal social, es decir, se paraliza el plazo para interponer la impugnación judicial del despido. El registro de la demanda implica que se citen de forma automática a la empresa y al trabajador a un acto previo de conciliación obligatorio con la finalidad llegar a un acuerdo entre ambos.

Si el citado acto negociador no produce los resultados esperados por el trabajador, este puede impugnarlo ante el Juez de lo Social en un plazo de 20 días hábiles, a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo o a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso, es decir, desde la comunicación fehaciente del despido.

A lo dispuesto, en el art. 59.3 ET, *“El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en*

⁴⁴ STSJ de Galicia de 31 de julio de 2006, Sala de lo Social [JUR 2007\208196]

⁴⁵ Art. 53.1.c) ET

que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos.”

El anterior artículo del ET va en consonancia con el apartado primero del art. 103 LJS, donde se excluyen del cómputo para reclamar contra el despido los días inhábiles. *“El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.”*

En cuanto a los meses hábiles, para la impugnación del despido, la jurisdicción laboral, a diferencia con otras jurisdicciones, considera hábiles todos los meses, puesto que considera también hábil el mes de agosto para determinadas cuestiones de especial importancia para la vida del trabajador, como puede ser el despido o la impugnación de una sanción.

Ventilado lo anterior, podemos concluir con la definición de calificación del despido. Esta se produce cuando, una vez impugnado el despido judicialmente y, celebrado el juicio, el Juez de lo Social, dentro del plazo de 5 días dicta sentencia (la cual se notificará a las partes dentro de los dos días siguientes). En el fallo de la sentencia, el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. El art. 122 LJS, en consonancia con los arts. 53, 55 y 56 ET, señala cuándo procede cada uno.

II.3.a) Calificación del despido de Doña Carmen

*“El objeto del proceso especial de despido es enjuiciar la decisión unilateral del empresario que extingue la relación viva y vigente que hasta entonces le unía con el trabajador”.*⁴⁶

En primer lugar, partimos de la comprobación de los requisitos formales para que el despido tenga validez. Con los escasos datos que se nos presentan, nada se nos indica acerca de si la carta de despido contiene la fecha en la que tendrá efectos el despido de Carmen. Por este motivo el despido podría, inicialmente, ser calificado como improcedente.⁴⁷ El incumplimiento de los requisitos de forma de la carta de despido da lugar a esta calificación, pero se le concede a la empresa la posibilidad de que subsane los defectos, dándole la posibilidad de realizar una nueva comunicación que revista todos los requisitos legales. Esta subsanación puede realizarse antes del proceso judicial o después de que de que la sentencia declare la improcedencia por motivos formales del primer despido. El nuevo despido, en este último caso, debe acordarse en los 7 días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que acuerda la improcedencia.

En segundo lugar, atenderemos a la causa del despido alegada. La justificación que utiliza la empresa para despedir a Carmen es la *“bajada de su rendimiento, que se manifiesta de manera continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible”*. La carta indica que la media de ventas durante la campaña es de 13.6 productos al día, siendo una media inferior a la de otros compañeros de su

⁴⁶ .VV. Memento práctico, *op.cit*, p.208

⁴⁷ Art. 56.1 ET

campaña e inferior también a la venta de 20 productos, número previsto para la compañía, así como la desatención por parte de la trabajadora de las advertencias para el cumplimiento de sus obligaciones que le ha hecho la empresa.

Esta causa se justifica por el hecho de que el contrato de trabajo no es simplemente un intercambio de trabajo por salario, sino que implica que la prestación del trabajador debe ser productiva para el empresario, es decir, debe generarle una utilidad. Esta obtención de rendimiento se asienta en la exigencia del deber de diligencia del trabajador, recogido en el artículo 5 del ET, con relación a los deberes laborales del trabajador, donde menciona primero, en su letra a, que debe *“cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”* y, segundo, en la letra e, *“contribuir a la mejora de la productividad”*. El cumplimiento de estas obligaciones laborales y la contribución a mejorar la productividad originan para el trabajador un cierto rendimiento en sus tareas para lograr estos deberes que le son exigibles.

Si seguimos observando el Estatuto de los Trabajadores, nos remite al deber del trabajador *“en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y las costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”*⁴⁸

La bajada de rendimiento lleva implícita la obligación de que se produzca *“de manera continuada y voluntaria”*. Para determinar estos conceptos acudimos a la Jurisprudencia. Con relación a la continuidad, será necesaria la repetición de la conducta, lo que implica la imposibilidad de fundamentar esta causa de despido porque la falta se produzca una sola vez. Por su parte, la voluntariedad de la disminución del rendimiento se produce cuando es provocada por la actuación negligente, dolosa y culpable del trabajador, presumiéndose la voluntariedad de la conducta *“en cuanto no conste motivo impediendo ajeno al trabajador”*.⁴⁹

Por último, el artículo recoge que para determinar la bajada de rendimiento se medirá en relación con la actividad normal y exigible, con el rendimiento debido alude al *“rendimiento de trabajo normal o «pactado»; y la realidad de estos pactos es práctica habitual en estos contratos... sin que aparezca declarado en la sentencia la desproporción o el exceso o abuso del nivel mínimo estipulado”*.⁵⁰

Asimismo, se podrá utilizar como elemento de comparación para llegar a la conclusión del bajo rendimiento, *“ya sea atendiendo a un criterio subjetivo tomando como medida el conseguido por el propio trabajador con anterioridad, ya sea atendiendo a un criterio objetivo, remitiéndose al rendimiento marcado por otros trabajadores que realicen la misma actividad.”*⁵¹

En este sentido, la empresa justifica su bajada de rendimiento, por un lado, basándose en lo pactado en el contrato (20 productos al día) y comparando su

⁴⁸ Art. 20.2 ET

⁴⁹ STSJ de Andalucía de 24 de abril de 2014, Sala de lo Social [AS 2014\1707]

⁵⁰ STS de 23 febrero 1990, Sala de lo Social [RJ 1990\1215]

⁵¹ STS de 30 de octubre de 2007, Sala de lo Social [RJ 2007\9327]

rendimiento desde el criterio objetivo, con los demás compañeros. *“Su media de ventas durante la campaña es de 13.6 productos al día, siendo una media inferior a la de otros compañeros de su campaña e inferior también a la venta de 20 productos, número previsto para la compañía”. “El trabajador ausente mantiene el derecho a volver al mismo puesto de trabajo y a las mismas condiciones laborales que tenía cuando se ausentó, sin que precise esperar a que se produzca una vacante, pudiendo esgrimir tal derecho frente al rechazo empresarial a su reincorporación”.*

Sentado lo anterior, debemos tener presente que Carmen ha sufrido un accidente y como consecuencia de este, se encuentra en una situación de suspensión del contrato por incapacidad temporal cuando es despedida, siendo esta circunstancia determinante a la hora de calificar el despido.⁵²

Podemos definir el concepto de Incapacidad Temporal, partiendo de las situaciones que la producen, así como *“Las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”.*⁵³

El punto 1 del apartado c) del art. 45 ET, establece que *“el contrato de trabajo podrá suspenderse por Incapacidad Temporal de los trabajadores”*, por lo que Carmen se encuentra en una situación de suspensión laboral, lo que exigirá normalmente *“que el incumplimiento imputado haya de ser previo a la suspensión de las obligaciones contractuales de carácter básico. Fuera de esa condición habitual, cabe también que la imputación que genera la decisión extintiva pueda estar vinculada con actitudes que dificulten o impidan la curación y vuelta al trabajo, el respeto al deber de no incurrir en una situación de concurrencia desleal así como la obligación positiva de colaboración con la empresa”*⁵⁴

La doctrina jurisprudencial ha venido manteniendo que *“(…) la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad no puede constituir causa justificada de la terminación del contrato de trabajo y por ello se debe calificar como improcedente o lo que es lo mismo, sin causa justificada.”*⁵⁵ *“(…) El análisis del posible carácter discriminatorio del despido debe centrarse exclusivamente en la circunstancia de que el despido tuvo por causa su situación de IT derivada del accidente (...). Que en cuanto a la posible existencia de discriminación por causa de enfermedad o accidente de trabajo, el Tribunal Supremo ha venido señalando desde la lejana sentencia de 29-1-2001 que no lo es.”*⁵⁶

⁵² PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO.T.: *Ausencias al trabajo y absentismo: tratamiento jurídico*, op. cit., p. 30.

⁵³ 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 Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

⁵⁴ 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”*, en *Revista de Información Laboral* num.5, 2017.

⁵⁵ Art. 6 del Convenio 158 de la OIT, *Instrumento de Ratificación del Convenio número 155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo*, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981 (BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 1985).

⁵⁶ STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014, Sala de lo Social [AS 2014\2723]

De entre todas las Sentencias del Tribunal Supremo en este sentido, cabe mencionar, la de 3 de mayo de 2016⁵⁷, que declara improcedente y no nulo, el despido disciplinario de una trabajadora por la bajada de rendimiento, resolviendo así el recurso de casación interpuesto por la empresa, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de julio de 2014, en la que se declaraba la nulidad. Los motivos que argumenta el TS son que *“no es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador”*.

“En cada proceso individual de despido habrá que considerar, y en su caso se habrá considerado, cuál o cuáles hayan sido los factores tenidos en cuenta por la empresa, y a la vista de ellos se habrá adoptado la resolución correspondiente. Pues bien, en el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales.”

“El despido que se lleva a cabo mientras se sucede la relación laboral ha de ser calificado como improcedente, dejando a salvo la excepción de que el mismo se hubiera producido por alguna causa que mostrara una motivación discriminatoria o lesiva de algún derecho de carácter fundamental que afectara al trabajador. La nueva solución resulta respaldada por la modificación de la Ley Procesal en tanto que el artículo 108.2 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) dejaba de incluir entre las causas justificativas del despido nulo aquella que se producía durante la suspensión del contrato de trabajo por causa de incapacidad temporal.”⁵⁸

En el ámbito de la Comunidad Europea, la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la Directiva 78/2000⁵⁹. En dicha Directiva se establece el concepto de discriminación en sus artículos 1 y 2 y se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en la misma.

Cabe destacar, en este sentido, la respuesta del TJCE en el Asunto C-13/05, “Caso Sonia Chacón Navas”,⁶⁰ a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n° 33 de Madrid, que versa sobre la interpretación, en lo que atañe

⁵⁷ STS de 3 de mayo de 2016, Sala de lo Social [RJ 2016\2152]

⁵⁸ 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”*, en *Revista de Información Laboral* num.5, 2017.

⁵⁹ Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE num.303 de 2 de diciembre de 2000)

⁶⁰ TJCE de 11 julio 2006, Gran Sala, [TJCE 2006\192]

a la discriminación por motivos de discapacidad, de la Directiva 78/2000, “Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383) , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.” La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383) , se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

Esta interpretación se amplía en otra cuestión prejudicial, en el asunto C-395/15 “Caso Mohamed Daouidi”, donde el TJUE establece que “La discapacidad debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”.⁶¹

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que el despido es improcedente, puesto que Carmen se ha ausentado a su puesto de trabajo como consecuencia de su accidente, por el cual se ha producido la situación de IT. El despido disciplinario es, por su propia naturaleza, incompatible con la baja médica, puesto que bajo los conceptos aportados por la jurisprudencia que ya hemos analizado anteriormente, se necesita como requisito que su bajada de rendimiento tenga su origen en una conducta dolosa y culpable. Las faltas durante una IT son justificadas y no tienen carácter voluntario. Por ello, los despidos durante una baja médica, originan la calificación judicial de improcedencia. Asimismo, no se considera nulo porque la enfermedad no le acarrea una limitación la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, ni es de larga duración.

La empresa deberá probar que la bajada de rendimiento es anterior a la IT para estar justificada la causa del despido y solamente si concurriesen y se acreditasen las causas que se alegan por parte de la misma en su escrito de comunicación, a raíz de lo expuesto, el despido sería calificado como procedente.⁶²

II.3.b) Calificación del despido de Don Agustín

A Don Agustín se le notifica la rescisión de su contrato el mismo día que a Carmen a través de otra carta por ausentarse un total de 21 días sobre las 80 jornadas de correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 2016 y en los meses de marzo

⁶¹ STJUE de 1 de diciembre de 2016, Sala Tercera [TJCE 2016\308]

⁶² Art. 122 LJS

y abril de 2017 y se le detallan los días que se ha ausentado y los motivos. Asimismo, se indica que ha presentado justificante médico para todas las faltas.

Según la justificación aportada por la empresa, a Agustín se le despide por causas objetivas de absentismo laboral. Este tipo de despido constituye una decisión unilateral del empresario dirigida a la extinción del contrato de trabajo por circunstancias que afectan a la organización o el funcionamiento de la empresa, es decir, una serie de causas de las que ni el trabajador ni la empresa son culpables y, por consiguiente, no existe conducta culpable y dolosa por parte del trabajador. El art. 49.1.1) ET señala que el contrato podrá extinguirse por “causas objetivas legalmente procedentes” y se regula en el ET, en los arts. 52 y 53 y en la LJS, concretamente en los artículos arts. 120 a 123.

Concretamente, el art. 52.d) ET recoge esta forma de extinción por faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. El porcentaje de ausencias que legitima el despido ha de concurrir en el conjunto de los meses examinados, siendo indiferente que en alguno de ellos no se alcance. Como jornadas hábiles se entienden días de trabajo efectivo para la empresa, así como los” días totales del periodo en los que el trabajador debería haber acudido al trabajo y sólo respecto de los cuales podría producirse la ausencia”⁶³.

Lo que la norma exige, no es exactamente que las faltas sean voluntarias, sino que sean injustificadas, “*que carezcan de algunas de las fuentes de justificación previstas en la propia norma o en otras, con lo que se desplaza el centro de atención desde la consideración objetiva de la inasistencia hacia la justificación de la ausencia.*”⁶⁴

Debemos acudir a la doctrina jurisprudencial para delimitar los términos que lleva implícito el precepto: la definición de la intermitencia y la forma del cómputo de las faltas. Por un lado, para la realización del cómputo, “*se ha de acudir al art. 5 del Código civil (LEG 1889, 27) que preceptúa que, «(...) cuando otra cosa no se disponga y los plazos vengán señalados por meses se computarán de fecha a fecha.*”⁶⁵. Asimismo, “*han de excluirse las jornadas que no sean hábiles y tomar en consideración la jornada en la que habitualmente el trabajador preste servicios.*”⁶⁶ Por otro, la intermitencia de las ausencias, se considera que las faltas son intermitentes *aunque existan varios períodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de veinte días y la suma superaría ese límite pero no sería de días consecutivos (...)*⁶⁷

⁶³ ARIAS DOMÍNGUEZ, A. *El despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador, Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p.219.

⁶⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, A. *El despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador, Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, op. cit., p.191.

⁶⁵ STS de 9 de diciembre de 2010, Sala de lo Social [RJ 2011\238] y STS 23 enero 2007 [RJ 2007\1590]

⁶⁶ ALZAGA RUÍZ, I: “Extinción del contrato de trabajo por faltas justificadas de asistencia: Cálculo de los índices de absentismo tras la aprobación del Real Decreto- Ley de 2/2012, de 10 de febrero.” en *Revista de Información Laboral*, num.3, 2015, pp. 125 y ss.

⁶⁷ STS de 27 de noviembre de 2008, Sala de Social [RJ 2009\386]

Sin embargo, la intermitencia solo será exigible en “*el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos (...)*”, (...) mientras que “*el 25% en cuatro meses discontinuos, no existe referencia al carácter intermitente o no por lo que deberá entenderse que en ese caso cualquiera de las dos situaciones se ajusta al precepto.*”⁶⁸ Por consiguiente, en el caso de Agustín, no sería exigido el requisito de la intermitencia.

En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales del despido objetivo, podemos advertir, siempre teniendo presente la ambigüedad del enunciado, que nada se nos dice sobre la puesta a disposición de la indemnización de manera simultánea a la comunicación del despido. En este sentido, podríamos considerar, a primera instancia, que la calificación podría ser de improcedente por este motivo, a tenor del apartado tercero del art. 53.4 ET “*(...) la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.*”

En segundo lugar, en cuanto a la justificación de CONTRATOPHONE, S. A. para extinguir el contrato, atendiendo a la carta de despido, observamos que la justificación de la empresa es que se ausenta 21 días sobre 80 jornadas sobre cuatro meses discontinuos, por lo que el cálculo nos da un porcentaje total de 26% de ausencias. El porcentaje máximo de ausencias permitidas para que no sea válido el despido, como vimos, es el 25 % de las jornadas hábiles, por lo que, podríamos pensar que lo habría alcanzado. Sin embargo, habrá que analizar con detalle los justificantes médicos para averiguar si existen causas no computables como faltas.

Estas faltas no computables, se recogen en el art. 52 d) y son las siguientes:

- 1.- Las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma.
- 2.- El ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores.
- 3.- Accidente de trabajo.
- 4.- Maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia.
- 5.- Enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia.
- 6.- Paternidad, licencias y vacaciones.
- 7.- 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.
- 8.- Las faltas 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.
- 9.- Las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

En este sentido, podemos observar que se excluyen las ausencias que obedecen a un tratamiento médico de cáncer o a una enfermedad grave. Por consiguiente, las ausencias de Agustín a su puesto de trabajo en los dos últimos días de abril no serían computables por ser causa de un tratamiento de cáncer.

⁶⁸ STS de 26 de julio de 2005, Sala de lo Social [RJ 2005\7147]

En cuanto al concepto de enfermedad grave, acudimos al catálogo de enfermedades graves que recoge el Anexo del *Real Decreto 1148/2011 de 29 de julio*⁶⁹, en el cual no se recoge ninguna de las otras enfermedades que justifica Agustín (un fuerte dolor en la zona cervical, bronquitis, reacción alérgica y fuertes dolores de cabeza y vómitos), por lo tanto, las demás faltas sí serían computables como causas de despido.

Para calificar el despido, en primer lugar, observamos que no existe causa para despedir a Agustín, puesto que se le han computado los días que se cumple el porcentaje que alega la empresa para las faltas, debido a que no se podría computar la falta por tratamiento de cáncer, por lo que el porcentaje real sería del 23,75 %, porcentaje por debajo del mínimo exigido para poder despedirle. Por este motivo el despido sería calificado como improcedente.

I.3.a) La calificación del despido de Don Sergio

Como ya hemos visto, el caso de Sergio, debido a la generalización del enunciado del supuesto no me permitía a primera vista determinar un único despido, teniendo que recurrir al razonamiento lógico para decantarme por el despido por causas objetivas de absentismo laboral.

En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales del despido objetivo, podemos señalar, teniendo también presente la ambigüedad del enunciado, que nada se dice sobre la puesta a disposición de la indemnización de manera simultánea a la comunicación del despido. En este sentido, podríamos considerar, a primera instancia, que la calificación podría ser de improcedente por este motivo, debido a que la no concesión de preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización, como ya se ha indicado, no produciría, en primera instancia, la improcedencia, “*sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.*”. En cuanto al requisito de entregar la copia del preaviso del despido al comité de empresa, esta debe ser por escrito, si no ha sido por escrito produciría también improcedencia. En cuanto al preaviso, se señala que la empresa le notifica al comité la intención de despedir, por lo que se da por supuesto que si se da por enterado Sergio y cumplido el requisito. Asimismo, como en los demás casos, la carta no indica la fecha en la que tendrá efectos el despido. Por todos estos motivos, el despido debería ser calificado también como improcedente.

Dejando atrás los requisitos formales, seguimos el enunciado y se nos indican varias circunstancias que debemos analizar por separado, a efectos de determinar si tienen alguna relevancia a la hora de calificar el despido.

La primera circunstancia es que Sergio tiene reconocida una Incapacidad Permanente Total con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE, S.A.

Pues bien, la *Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General*

⁶⁹ *Real Decreto 1148/2011 de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (BOE de 30 de julio de 2011).*

de la Seguridad Social, nos introduce el concepto de invalidez permanente, en su artículo primero, como *“la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presente reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.”*⁷⁰

Existen varios grados de Incapacidad permanente, pero la que nos ocupa se define como la *“Incapacidad permanente total para la profesión habitual. Asimismo, se entiende como profesión habitual la que “en caso de accidente, sea o no de trabajo la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez”.*⁷¹ A su vez, será la que inhabilite al trabajador *“para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, aunque pueda dedicarse a otra distinta”.*⁷²

Por lo que observamos, este tipo de Incapacidad no limita al trabajador para realizar las funciones laborales en otra empresa, siempre que sean distintas a las que venía desempeñando en la anterior profesión. Esto se nos aclara, aún más del siguiente modo: *“la pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual (...) será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta. Cuando la invalidad del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, aquél podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión; el contrato, en que así se convenga, deberá formalizarse por escrito y se presentará por triplicado ante la Delegación Provincial de Trabajo para su conocimiento y aprobación, con devolución a los interesados de dos ejemplares del contrato.”*

De igual modo lo establece la doctrina jurisprudencial que *“la percepción de la pensión de incapacidad permanente no constituye obstáculo de ningún tipo para la realización de otro trabajo distinto del que generó tal pensión, ni para cobrar las rentas propias de ese trabajo. De lo que se infiere que tampoco puede impedir el cobro de aquellas prestaciones de Seguridad Social que se satisfacen en razón a la suspensión temporal de esa nueva actividad”*⁷³

Sostiene, además que *el artículo 137 LGSS vincula la incapacidad permanente total desde una perspectiva eminentemente profesional a la imposibilidad del trabajador para llevar a cabo las tareas fundamentales que el desarrollo de la profesión concreta que realizaba comporta, percibiendo una prestación de la Seguridad*

⁷² Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1969 (BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1969).

⁷³ STS de 29 de septiembre de 1995, Sala de lo Social [RJ 1995\6924]

Social que compensa esa imposibilidad y los trastornos que ocasiona en su vida laboral, desde el momento en que ya no está en condiciones de realizar las labores básicas de la misma.

No obstante, es importante diferenciar, la incapacidad de la discapacidad, puesto que no son lo mismo,” La discapacidad es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁷⁴. Existe discriminación indirecta cuando “*una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.*”

Ahora bien, que el hecho de que se haya reconocido al trabajador la condición de discapacitado a efectos del Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la citada Directiva 2000/78, puesto que la discapacidad, puesto que corresponde al Órgano determinar si, en el litigio principal, la situación en que se encuentra el trabajador está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/7, es decir, le corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la limitación de la capacidad de éste ha de calificarse de discapacidad a efectos de dicha Directiva.

como hemos analizado anteriormente “*debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración*”.

Ahora bien, cabe señalar, que el precepto se aplica “*sin excepciones a los trabajadores discapacitados, ocasiona una discriminación indirecta respecto a este colectivo cuando éstos se ven obligados a causar bajas por incapacidad temporal derivadas de la enfermedad causante de su discapacidad, con la consiguiente ausencia de su puesto de trabajo, por lo que un trato idéntico con respecto al resto de trabajadores sin tener en cuenta dicha condición personal implica su salida inmediata del mercado de trabajo, así como que deban asumir una carga laboral negativa adicional o desventaja particular respecto de otras personas que no tienen dicha condición; siendo un colectivo especialmente vulnerable a ausentarse involuntariamente de su puesto de trabajo por consecuencia de la/s enfermedad/es crónicas que han motivado, precisamente, la declaración de su discapacidad.*”⁷⁵

⁷⁴ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013)

⁷⁵ SJSO núm. 1 de Cuenca de 5 mayo 2016. [AS 2017\2079]

En este sentido, el art. 53.4 ET señala que *“Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.”*

Asimismo, *“No deben confundirse los grados de Incapacidad Permanente Total, con los grados de minusvalía”*,⁷⁶ pues son, como hemos visto, dos conceptos diferentes. La Incapacidad Permanente Total será la *“ineptitud del trabajador para realizar todas o buena parte de las tareas correspondientes a la profesión habitual pero que no perjudican su capacidad de realizar otra actividad profesional diferente (art.137.4 LGSS)”*.⁷⁷

*“En suma, la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo ... si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad ... cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”*⁷⁸

Sin embargo, hay que destacar la reciente respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial C- 270/16 *“Caso Ruiz Conejero”*⁷⁹, planteada por el Juzgado de lo Social de Cuenca, mediante auto de 5 de mayo de 2016. El Sr. Conejero fue contratado para trabajar como limpiador en un hospital de cuenca, dependiente de la Comunidad Autónoma de Castilla- La Mancha para la que prestó servicios. En ningún momento había tenido ningún incidente con la empresa. Se le reconoce mediante la condición de discapacitado en un 32 % debido a limitaciones físicas derivadas de una enfermedad del sistema endocrino-metabólico (obesidad) y de una limitación de la columna vertebral y en un 5 % debido a factores sociales complementarios. El Sr. Conejero es despedido por faltas de asistencia debidas a vértigos, mareos y lumbagos. El TJUE aclara que *“la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente.”* Concluye con la matización de que el art. 2 de la citada la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima*

⁷⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 290

⁷⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Seguridad Social*, op. cit., p. 291

⁷⁸ STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2016, Sala de lo Social [AS 2016\385]

⁷⁹ STJUE de 18 de enero de 2018, Sala Tercera [JUR 2018\16903]

de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente.

Por consiguiente, se podría equiparar la discapacidad de Sergio a la deficiencia recogida por la mencionada Directiva, en el caso de que se demuestre que existe un nexo causal entre la enfermedad diagnosticada y las ausencias, es decir, que la enfermedad causante de las reiteradas faltas de asistencia fuese la misma que motivó la incapacidad la enfermedad de la que ya hubiese sido diagnosticado, se podría calificar como despido nulo por vulneración del art. 14 CE en interpretación de la Directiva *“cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador”*, por el contrario no existiendo ese vínculo y tratándose de otra enfermedad que nada tuviese que ver con su diagnóstico inicial, no causaría discriminación, puesto que no se le consideraría discapacitado a efectos de la norma comunitaria mencionada y la empresa ya lo había contratado conociendo su incapacidad, la cual le permitía trabajar, por lo que sería considerado como cualquier otro trabajador.⁸⁰

La segunda circunstancia que expresa el enunciado es que Sergio es Secretario de Organización del sindicato CGT, por un lado, y por otro, que entró a formar parte de una sección sindical días después de haber sido notificada al Comité la decisión de despido y días antes de recibir la carta de despido.

En primer lugar, debemos definir el Derecho de Libertad Sindical, este constituye un derecho fundamental. El artículo 28.1 CE señala que *“todos los ciudadanos tienen derecho a sindicarse libremente. (...) Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.”* Asimismo, *“Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley.”* (Art. 7 CE).

*“En el ordenamiento jurídico español, nuestra norma suprema establece con toda su amplitud el principio de libertad sindical como rasgo característico de un sistema democrático de relaciones laborales”*⁸¹

Así se recoge también, en el art. 1 LOLS. *“Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.”*

Por su parte, el art. 4.1.b) ET, indica que *“Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de (...) Libre sindicación”*.

Tradicionalmente se ha venido explicando el fundamento de la protección de los representantes de los trabajadores en la delicada posición de los representantes, que pueden verse perjudicados como consecuencia de la representación que ostentan¹⁰; ya que al ser también trabajadores están sometidos a las facultades directivas del

⁸⁰ STS de 25 de noviembre de 2014, Sala de lo Social [RJ 2015\27]

⁸¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *“Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa”*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 73, 2008, pp. 247-248

empresario. Desde este punto de vista la protección de los representantes supone una garantía para la integridad del trabajador; es decir, es un mecanismo que garantiza su interés como trabajador individual.⁸²

Siguiendo esta ley, el art. 10.3 establece que *“Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo.”*

Las garantías a las que se refiere el párrafo anterior, se establecen en el art. 68 del ET y se aplican a los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, con respecto a los demás trabajadores, que le exigirá el cumplimiento de estas garantías a la empresa, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos.

Se recogen protecciones como la de prioridad de permanencia en la empresa o puesto de trabajo en casos de suspensión o extinción por causas económicas o tecnológicas. *“Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: (...) b) prioridad de permanencia en la empresa o puesto de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”*.

Otra, será de apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, que se prevé sólo en el supuesto de despido disciplinario⁸³, no pudiendo ser aplicado el caso de Sergio, por ser un despido por causas objetivas.⁸⁴

Asimismo, se garantiza el no poder ser despedido ni sancionado en el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato *“salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.”*

Por último, hay que señalar que también se tendrá derecho a un crédito de horas mensuales para el ejercicio de sus funciones dependientes del número de trabajadores del que disponga la empresa. Hasta cien trabajadores, quince horas. Si tiene entre ciento uno a doscientos cincuenta, veinte. De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, treinta horas. De quinientos uno a setecientos cincuenta, se dispondrá de treinta y cinco horas y, por último, si la empresa cuenta con más de setecientos trabajadores, se le concederá un crédito de 40 horas.

⁸² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, num.115, 2012, pp. 275-314.

⁸³ Esto lo prevé el art. 55 ET.

⁸⁴ Art.53 del ET.

Debido a los escasos datos de los que disponemos, no podemos conocer el número de trabajadores. Lo que se puede asegurar es que como mínimo serán 50, puesto que el mínimo de trabajadores para tener comité de empresa se establece en el art. 63 ET “Artículo 63. Comités de empresa. *”El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores.”*

En el caso que nos ocupa, en primer lugar debemos analizar si se cumplen las condiciones requeridas para se le equipare a Sergio a los representantes laborales de la empresa para ser protegido bajo las garantías mencionadas. Partiremos del análisis de que es afiliado de CGT y se hace parte de una sección Sindical. En particular, se nos indica que ostenta el cargo de Secretario de Organización de CGT. Debemos, por tanto, acudir a la LOLS, para determinar que implica.

En primer lugar, el art. 10 LOLS, establece que las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, estarán representadas por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo. *“en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato”*.

En cuanto a la condición de Secretario de la Organización y a la consideración del sindicato CGT, podemos considerar, por un lado, que CGT es una Organización muy representativa y, por otro, que Sergio ostenta un cargo electivo como Secretario desde el año 2015, por lo que el art. 9 LOLS le reconoce determinadas garantías que le protegen ante las ausencias a su puesto de trabajo por motivos sindicales, como permisos no retribuidos, excedencia forzosa o asistencia a actividades propias de su sindicato. *“los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo, pudiéndose establecer, por acuerdo, limitaciones al disfrute de los mismos en función de las necesidades del proceso productivo”, a “la excedencia forzosa, o a la situación equivalente en el ámbito de la Función Pública, con derecho a reserva del puesto de trabajo y al cómputo de antigüedad mientras dure el ejercicio de su cargo representativo, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo dentro del mes siguiente a la fecha del cese” y a la asistencia y el acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo.”*

Por lo tanto, solo por ser Secretario de CGT, tendrá las garantías anteriores. Sin embargo, si sumado a esto, se da la condición de que sea Delegado Sindical, esto siempre bajo el supuesto de que la empresa tiene más de 250 trabajadores, se le reconocerían las mismas garantías que a los demás miembros a tenor del art. 10.3 LOLS. *“Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo”*. Puesto que como bien aclara el

TS, citando que *“hay una sentencia de la propia Sala de Galicia de 31/10/2013 donde se resolvió que en la empresa no existen Delegados Sindicales porque la empresa tiene menos de 250 trabajadores. Es decir, no existen los Delegados Sindicales tipo LOLS (RCL 1985, 1980), esto es, aquellos a los que la Ley Orgánica de Libertad Sindical otorga las mismas garantías que a los representantes unitario.”*⁸⁵

Para comprobar si podría existir el caso hipotético de que fuese delegado sindical, habrá que analizar cuando se hace parte de una sección sindical. Esto se produce días después de que la empresa notifique la intención de despedirle y a la vez, antes de recibir la carta de despido. Por lo que no podría ser delegado antes de ser despido, por lo que no se vulneraría el derecho sindical debido a que la Empresa desconocía este hecho antes de despedirlo, puesto que la Sindical CGT, en el momento del preaviso al Comité de empresa de la intención de despedir a Sergio, no tenía representación alguna en el Comité de Empresa y no se indica que Sergio haya concurrido a las Elecciones Sindicales, en los supuestos de Delegado Sindical o representante de los trabajadores.⁸⁶

En último lugar, para calificar el despido, debemos analizar, aparte de los requisitos formales expuestos anteriormente, si se cumple el requisito formal de expresar la causa del despido. En la carta que se le remite a Sergio no establece qué días ha faltado, ni los motivos de cada día de ausencia detallando la causa, es decir, *“no cumple con los requisitos exigidos para proceder al despido por esta causa, la carta de despido que no exprese los períodos de inasistencia y su causa, ya que no es admisible la expresión genérica de un número global de días de inasistencia (por ejemplo, falta veintiocho días en los dos últimos meses)”*⁸⁷ Por el contrario, se limita exclusivamente a establecer un índice de faltas de asistencia global y, a mayor abundamiento, no justifica que se haya cumplido el porcentaje mínimo del 5%, sobre los 12 meses. Por este motivo, podemos afirmar que el despido es improcedente.

Asimismo, al no cumplirse el requisito de la carta de despido, tampoco podemos comprobar si se cumple el requisito de intermitencia en las faltas, puesto que *“no puede utilizarse el despido si las faltas de asistencia al trabajo, aunque cumplan el porcentaje previsto en la norma, son consecuencia de una única ausencia continuada, por ejemplo diez días laborales por IT en los cuarenta y seis existentes en dos meses consecutivos (STS 26-7-2005 [RJ 2005, 7147]). Es decir que, para que el despido objetivo sea ajustado a derecho cuando las ausencias superan el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, tales ausencias deben serlo con carácter intermitente.”* Por este motivo también sería calificado como improcedente.

Por último, podíamos interpretar dos supuestos que serían determinantes para la calificación del despido, debido al desconocimiento de los periodos y las causas en las que se ha ausentado.

Podría darse un primer supuesto en el Sergio se haya podido ausentar de su puesto de trabajo debido a incapacidades temporales de duración superior a 20 días, intermitentes, que son causas no computables en atención también a las excepciones del art. 54.d) ET.” *No se computarán como faltas de asistencia (...) las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios*

⁸⁵ STS de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Social [RJ 2015\2130]

⁸⁶ STSJ de Cataluña de 30 de abril, Sala de lo Social [AS 2013\2369]

⁸⁷ STSJ de Cataluña de 29 de enero de 1993, Sala de lo Social [AS 1993, 478]

sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos”. Es decir, “ cuando procedan varios períodos de baja debidos a la misma enfermedad computan todos los procesos que no hayan excedido de 20 días, aunque la suma de todos ellos supere esa duración”⁸⁸. Por ello, se produciría la calificación de improcedencia por no computarse bien las faltas y no ser causa de despido puesto que el precepto excluye del cómputo “las ausencias debidas a enfermedad “cuando la baja [...] tenga una duración de más de veinte días consecutivos”, pero se aclara que estamos en realidad ante dos previsiones legales distintas, que son entre sí compatibles: una cosa es la exigencia de la intermitencia en las ausencias al trabajo y otra diferente es que, producida dentro de esa intermitencia una baja por enfermedad durante más de veinte días consecutivos, tal baja no se compute.”⁸⁹.

Sin embargo, solo si fuese delegado sindical podría también la posibilidad de que Sergio haya podido ausentarse por motivos de representación sindical, derivados de su supuesta condición de delegado sindical, produciendo las faltas que haya contabilizado la empresa a efectos del cómputo, puesto que el art. 52.d) establece como causa no computable “*las ausencias debidas a (...) el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores*”. Con esta causa, parece razonable concluir que existe “*una presunción de excepcionar del cómputo todas las ausencias que se produzcan directamente dentro del crédito horario, siendo necesario probar que fuera de él se ha dejado de acudir al trabajo por el ejercicio de las funciones*”⁹⁰. Si esto sucediese, será calificado como nulo, por vulnerar el Derecho de Libertad Sindical del art. 28 CE debido a la infracción del art. 68 ET “*No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.*”.

Esta inmunidad material no es compatible con la sanción disciplinaria, simplemente protege cualquier diferencia de trato por razón de la actividad sindical en relación con el resto de los trabajadores.⁹¹

Ahora bien, la prohibición de discriminación por motivos sindicales de los representantes y los afiliados sindicales, tiene como objetivo de reforzar su posición contractual frente al empresario, que habrá de probar que el despido o sanción del representante es ajeno a toda causa antisindical, siempre que el representante aporte indicios de la conexión entre la decisión empresarial y su condición de representante de los trabajadores⁹². De este modo, los indicios deberán ser fundados y no solo meras sospechas teniendo en cuenta que los indicios no son meras sospechas “Los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es muy

⁸⁸ STS de 24 de octubre de 2006, Sala de lo Social [RJ 2006/8104]

⁸⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “¿Cómo se calculan los índices de absentismo en el despido objetivo?” en *Repertorio de Jurisprudencia*, num.3, Aranzadi, 2007.

⁹⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador, Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, op.cit., p.245.

⁹¹ STC de 26 de julio de 2001, Sala Primera [RTC 2001\173]

⁹² STC de 11 de febrero de 2002, Sala Primera [RTC 2002\29]

distinto de sospechar, lo que equivaldría a imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia”⁹³.

III. CUESTIÓN SEGUNDA

¿Tienen motivos todos o alguno de los trabajadores para emprender algún tipo de acción legal?

La respuesta a esta pregunta es afirmativa para los tres trabajadores. Todos tienen motivos para emprender acciones legales contra CONTRATOPHE, S.A. y podrán reclamar contra el despido “*dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional*”.⁹⁴

Los argumentos para la calificación del despido han sido establecidos en la cuestión anterior, caso por caso, por lo que ahora veremos una síntesis de los motivos que posee cada uno para emprender acciones contra la empresa.

III.1. DEMANDA DE DOÑA CARMEN

CONTRATOPHONE, S.A, ha justificado el despido por bajada de rendimiento bajada de rendimiento como causa de un despido disciplinario, recogida en el art. 54.2 e) ET. “*La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*”, causa que se establece en el art. 54.1 ET como *forma de extinción por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”. Doña Carmen podrá interponer una demanda por despido improcedente por infracción del art. 54.2 ET, puesto que el despido disciplinario es incompatible por naturaleza con la situación de Incapacidad Temporal. Pues bien, como se ha argumentado, el despido disciplinario requiere una conducta voluntaria y culpable por parte de la trabajadora y en la enfermedad no se presume voluntariedad por parte de la misma en dicha bajada de rendimiento. Asimismo, podrá presentar demanda de despido improcedente por infracción del art. 55.1 ET, por no establecerse en la carta la fecha en la que tendrá efectos dicha extinción del contrato.

III.2. DEMANDA DE DON AGUSTÍN

La empresa ha justificado el despido por absentismo laboral, recogido en el art. 52. d) ET, concretamente, por “*faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses*” como causa de despido por causas objetivas. Don Agustín podrá interponer demanda por despido improcedente por infracción de dicho artículo, por haberle computado los días referidos al tratamiento de cáncer, siendo no

⁹³ STS de 9 de febrero de 1996, Sala de lo Social [RJ 1996\1007]

⁹⁴ Art. 103.1 LJS

computables a tenor del artículo mencionado. *“Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer”*. Además, se podrá interponer demanda por despido improcedente por infracción del art. 53.1 b) ET, por no cumplir los requisitos formales de la puesta a disposición de la indemnización y por la infracción del art. 53.1 c) ET, por no haber entregado la copia de la carta del preaviso del despido al comité de empresa.⁹⁵

III.3. DEMANDA DE DON SERGIO

La justificación que presenta CONTRATOPHONE, S.A para proceder a la decisión extintiva de Sergio es el absentismo laboral, causa de despido recogido en las causas de extinción objetivas al tenor del art. 52.d), concretamente, *“por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles”*.

Por un lado, de manera clara se podría afirmar que Sergio podrá interponer demanda por despido improcedente por infracción del art. 53.1.a) por no establecer la causa del despido con claridad, por la infracción del art. del art. 53.1 b) ET, por no cumplir los requisitos formales de la puesta a disposición de la indemnización.⁹⁶

Por otro lado, debido los escasos datos que se nos presentan, podríamos interpretar dos posibles situaciones que cumpliéndose legitimarían a Sergio para presentar reclamación del despido.

En primer lugar, si las enfermedad que ha provocado las faltas de asistencia mantiene un nexo causal con la enfermedad que le ha producido la IPT a Sergio, este podría interponer una demanda de despido por nulidad, por vulneración del art. 14 CE, puesto que cumpliría lo expuesto en la Directiva 78/2000, para considerarse una discriminación por razón de enfermedad. *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

En segundo lugar, si partimos de la premisa se Sergio se ha ausentado como consecuencia de situaciones de incapacidad temporal de más de 20 días de duración cada una, se produciría la infracción el art. 52.d) por ser causa no computables, por lo que podrá interponer demanda de despido improcedente. *“No se computarán como faltas de asistencia las ausencias debidas a (...) 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”*.

⁹⁵ Art. 53.4 c) ET

⁹⁶ Art. 53.4 c) ET

IV. CUESTIÓN TERCERA

¿Tienen derecho algunos o todos los trabajadores a exigir alguna indemnización? ¿Por qué motivos?

IV.1. DESPIDO E INDEMNIZACIÓN

Las indemnizaciones fijadas en el ET, no tienen por objeto resarcir la pérdida de trabajo. A diferencia de todas las indemnizaciones de daños y perjuicios, no tienen el carácter de restituir el daño causado. El origen de las mismas descansa en la *“decisión de política social y económica (...) que el legislador adopta teniendo como punto de referencia un dato objetivo: las consecuencias de la imposibilidad de la prestación de trabajo.”*⁹⁷ La única manera de que entre en juego la indemnización como resarcimiento del puesto de trabajo perdido es cuando se produce la calificación de despido nulo.

Estas indemnizaciones tendrán como característica su fijación legal, establecido por un régimen específico de indemnizaciones tasadas que le deniega la facultad al juez de decidir una cuantía diferente a la establecida.

Su cálculo de salario se realiza de manera automática por la antigüedad. La Jurisprudencia se ha ido encargando de estudiar estos dos términos y se concreta en tomar como referencia la antigüedad para el cálculo de la indemnización con relación a los años de servicio, es decir, con relación al *“cómputo temporal que va desde el día del ingreso en la empresa hasta el día de despido, no hasta el de la sentencia que declare improcedente el despido”*.⁹⁸ El regulador de las indemnizaciones debe ser referido al salario que corresponda al *“tiempo de la extinción y no el que realmente percibía”*. Hay que tener en cuenta que esto puede ser modificado, tanto por parte del empresario que puede renunciar a esta estructura, como por parte del trabajador que le cabe la libre disposición de los derechos que le otorga el contrato.

IV.2 INDEMNIZACIÓN EN EL DESPIDO DISCIPLINARIO

En el caso de improcedencia del despido de Doña Carmen, CONTRATOPHONE, S.A al tenor del art. 56 ET, en el plazo de 5 días, deberá optar por indemnizar a Carmen o por readmitirla. Atendiendo a la fijación legal para la indemnización tendría derecho a una equivalencia a 33 días por año de servicio, prorrateados por meses de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Por tanto, Carmen podrá solicitar la indemnización, pero será la empresa quien decide si en vez de readmitirla la indemniza y, como consecuencia, se extinguiría su contrato laboral, entendiendo la fecha del cese como el último día efectivo en su puesto de trabajo.

En el caso de que CONTRATOPHONE, S.A. optase por la readmisión, Carmen tendrá derecho además a los salarios de tramitación. Estos salarios serán la cantidad

⁹⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p.742.

⁹⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p.743

igual o superior a la suma del salario que ha dejado de percibir desde que la han despedido hasta que se declare la improcedencia por sentencia o hasta que ella haya encontrado otro trabajo, si empieza en un nuevo puesto antes de dicha sentencia y se probase por la empresa para descontarle los salarios de tramitación.

IV.3. INDEMNIZACIÓN EN EL DESPIDO OBJETIVO

En el caso de Don Agustín y de Don Sergio, solo por ser despedidos como resultado del despido objetivo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.⁹⁹

Ahora bien, al ser calificado el despido como improcedente, conlleva el mismo resultado para la empresa, es decir, debería optar por readmitirlos o abonarles una indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año.¹⁰⁰ Por lo que sí podrán solicitar esta indemnización en los mismos términos que a Carmen. Si se opta por la readmisión de los trabajadores deberán devolver la indemnización, una vez firme la sentencia y también tendrán derecho a los salarios de tramitación.¹⁰¹

IV. 4. INDEMNIZACIÓN POR NULIDAD

En el caso de Sergio si el despido fuese calificado como nulo, por vulneración del art. 14 CE, este tendría reconocido el derecho de opción, en vez de tenerlo la empresa, por lo que podría exigir la indemnización u optar por la readmisión. *“Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación”*¹⁰²

Asimismo, al ser vulnerado este derecho fundamental, el juez debe pronunciarse sobre la cuantía de una indemnización adicional. Esto se produce para garantizar el pleno restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho. Esta indemnización es compatible con la que deriva del despido pero no con la que se pudiese reclamar en la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta. La simple vulneración del derecho fundamental no supone automáticamente la concesión de una indemnización para la reparación del daño. Para que esta indemnización se produzca, es necesario cumplir con dos requisitos. En primer lugar, *la alegación por parte de Sergio en forma adecuada en la demanda de las bases y elementos de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate y dando las pertinentes razones que avalan y respaldan dicha decisión. Tratándose de daños morales cuando resulte difícil su*

⁹⁹ Art. 53. 1b ET.

¹⁰⁰ Arts. 53.5 ET y 123.2 LJS .

¹⁰¹ El apartado 2 del artículo 56 fue redactado por el número ocho del artículo 18 de la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.*

¹⁰² Art. 56.4 ET.

*estimación detallada deben flexibilizarse, en lo necesario las exigencias normales para la determinación de la indemnización*¹⁰³. En segundo lugar, deben quedar acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de daños y perjuicios, dejando al margen las establecidas para daños morales de difícil estimación detallada.

Sentado lo anterior, hay que mencionar que si la sentencia que declare la improcedencia de cualquiera de los despidos se dicta transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles. También se le podrán reclamar al Estado los salarios de tramitación, siendo con cargo a este las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.

V. CUESTIÓN CUARTA

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

El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET). Sin embargo, para los casos de vulneración de derechos fundamentales, es el trabajador quien tiene la facultad de elegir entre la readmisión o indemnización, En el supuesto planteado de que se demuestre que Sergio se haya ausentado por causa de enfermedad que estuviese estrechamente relacionada con la que se le había diagnosticado para la concesión de Incapacidad Temporal, se produciría la nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental del art. 14 CE, y sería Sergio podría exigir la reincorporación o la indemnización. La declaración judicial de nulidad del despido obliga al empresario a cumplir sin posibilidad de extinguir la relación con anterioridad a la readmisión, si CONTRATOPHONE, S.A, no cumpliese el pronunciamiento judicial, *“los Tribunales deben actuar con todos los medios que señala el ordenamiento jurídico, para que la sentencia no se quede en una simple declaración y obtener definitivamente a su puesto de trabajo.”*¹⁰⁴

¹⁰³ AA.VV. Memento práctico: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo 2018- 2019*, Francis Lefebvre, 2017, p.270.

¹⁰⁴ AA.VV. Memento práctico: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo 2018- 2019*, op. cit., p.270.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA

La reforma laboral de la Ley 3/2012 de 6 de julio ha introducido la posibilidad de extinguir el contrato por alcanzar un porcentaje de faltas de asistencia aun justificadas del trabajador a su puesto de trabajado sin tener que relacionar esas faltas con el absentismo global de la empresa, pasando a remitirse únicamente al absentismo individual, proporcionando a la empresa más flexibilidad a la hora de despedir por faltas de asistencia, incluso justificadas.

SEGUNDA

La inobservancia del cumplimiento de los requisitos formales, tanto en el despido disciplinario, como en el objetivo por parte de la empresa, puede ser subsanada realizando un nuevo despido dentro del plazo establecido, en un momento anterior o posterior a la sentencia judicial.

TERCERA

El tipo de despido disciplinario que utiliza la empresa para despedir a Doña Carmen no exige el preaviso ni tampoco le acarrea la obligación de indemnizarla. Sin embargo, si este es considerado improcedente, se le abonará una indemnización de 33 días por año trabajado con el máximo de 12 mensualidades por año de servicio, indemnización más elevada que la otorgada por la procedencia del despido por causas objetivas.

CUARTA

Reiterada Jurisprudencia del TS ha señalado que el despido durante una incapacidad temporal produce la calificación de improcedencia. Sin embargo, el TJUE ha interpretado la Directiva 78/2000, considerando que se produce discriminación cuando se despide a un trabajador que se encuentre en situación de Incapacidad Temporal cuando la enfermedad produzca limitaciones a la hora de desarrollar las funciones laborales y esa incapacidad tenga la cualidad de duradera en el tiempo, equiparándola a una discapacidad y, por consiguiente el despido será calificado como nulo por atentar contra el art. 14 CE, produciendo discriminación por razón de enfermedad.

QUINTA

Cuando se produce la calificación de la improcedencia del despido, Doña Carmen estará a dispensas de que CONTRATOPHONE,S. A. opte por readmitirla o abonarle la indemnización, sin perjuicio de la obligación de abonar los salarios de

tramitación. Si la empresa no se decanta por ninguna opción, en el plazo de 5 días, estará obligada a readmitirla.

SEXTA

El despido por absentismo laboral justificado, se regula en el art. 52.d) ET, exige que el trabajador cumpla un determinado porcentaje de faltas de asistencia tanto justificadas como injustificadas, en las cuales el trabajador no tiene voluntariedad en ausentarse en su puesto de trabajo, produciéndose el despido por motivos ajenos al mismo.

SÉPTIMA

En el caso de Agustín, las faltas de asistencia deben alcanzar el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos, donde no podrán ser computadas las faltas de asistencia causadas por tratamiento de cáncer. El cómputo de las faltas por las causas tasadas, al tenor del último párrafo del art. 52.d) ET como no computables ,producirá la improcedencia del despido.

OCTAVA

El requisito formal que tienen en común el despido disciplinario y el objetivo es la comunicación escrita al trabajador del despido, conteniendo la carta la fecha de efectos del despido y la causa que motiva la decisión de extinguir el contrato.El despido por causas objetivas será improcedente además, si no se pone a disposición del trabajador una indemnización de manera simultánea a la carta de despido, equivalente a 20 días por año de servicio y un preaviso de 15 días. La no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido.

NOVENA

La situación de Incapacidad Permanente Total no impide al trabajador realizar otra actividad distinta a su actividad profesional habitual. El término discapacidad deberá interpretarse de acuerdo a la Directiva 78/2000 para considerar que se produce una discriminación por razón de enfermedad en determinados despidos.

DECIMA

El despido por faltas de asistencia aun justificadas de un trabajador con una Incapacidad Permanente Total será calificado como nulo si esas faltas de asistencia son causadas por una enfermedad conectada directamente con la diagnosticada para concederle la incapacidad. Sergio podrá interponer demanda de despido nulo si la enfermedad que le ha incapacitado presenta un nexo causal con la que ha producido sus ausencias.

UNDÉCIMA

Los representantes de los trabajadores de la empresa y los miembros del Comité, tienen reconocidas unas garantías especiales, establecidas en el art. 68 ET, que les protegen frente a intentos por parte del empresario de mermar su actividad de representación, les conceden unas garantías de permanencia en la empresa, así como un crédito de horas, entre otras, para ejercer funciones de representación. Estas garantías se trasladan a los representantes sindicales, cuando ostenten la condición de delegado sindical en la sección de la empresa, cuando el número de trabajadores es superior a 250. Sergio no ostenta cargo de representación, puesto que no se menciona que haya sido elegido en el ámbito de la empresa y el hecho de haber entrado a formar parte de la sección es posterior al preaviso de la empresa al Comité de la decisión de despedirle.

DOCEAVA

Es requisito de la carta expresar la causa del despido y la fecha en la que tendrá efectos para que el trabajador pueda defenderse. La carta de Sergio no contiene el detalle de los días que se ha ausentado y las causas de cada ausencia, no puede argumentar defensa alguna por desconocer las causas del despido, , por este motivo el despido es improcedente.

TRECEAVA

El despido por absentismo justificado, solo exigirá la intermitencia de las faltas cuando se calculen las mismas, sobre dos meses consecutivos. El cómputo de las faltas de asistencia derivadas de Incapacidad Temporal de duración superior a 20 días, siendo consecutivos, producirá la improcedencia del despido..

CATORCEAVA

Cuando el despido vulnere cualquier derecho fundamental, además de la indemnización prevista en la ley, equivalente a 20 días por año de servicio, el Juez está facultado para calcular una indemnización adicional para restablecer al demandante en la integridad de su derecho, no siendo compatible con la indemnización de daños y perjuicios pero si con la de daños morales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Memento práctico: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo 2018- 2019*, Francis Lefebvre, 2017, pp.11 -800
- ALZAGA RUÍZ, I: “Extinción del contrato de trabajo por faltas justificadas de asistencia: Cálculo de los índices de absentismo tras la aprobación del Real Decreto- Ley de 2/2012, de 10 de febrero.” en *Revista de Información Laboral*, num.3, 2015, pp. 125-133.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. *El despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador, Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp.189-255
- GONZÁLEZ, GONZÁLEZ A. “*El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*”, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 61-65
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, num.115, pp. 275-314
- MARTÍNEZ VEIGA, U. “La Reforma Laboral de 2012 y el aumento del despido y desempleo en España” en *Revista Andaluza de Antropología*, num.11, septiembre de 2016, <http://www.revistaandaluzadeantropologia.org/uploads/raa/n11/martinez.pdf>, pp. 44-66 [Consulta: 8 de febrero de 2018].
- MATORRAS, DÍAZ-CANEJAS., *El despido disciplinario: Forma, Lugar, Tiempo y Efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp.17-93.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintiva producido por causas del funcionamiento de la empresa”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 73, 2008, pp. 247-248
- ROMERO BURILLO, A.M. , MORENO GENÉ, J.,BOADA GRAU ,J., CARRERAS ROIG, L., FICAPAL CUSÍ,P.,PIZZI,A., PURCALLA BONILLA,A.,SOLER CALLEJA.C,VALLE MUÑOZ,F.A.: *La gestión del absentismo laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 161 y ss. AUTOR MORENO GENÉ pp.160-227 y pp. 243-244.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp.742-745.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO,T.: *Ausencias al trabajo y absentismo: tratamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 11-43.

- SALCEDO, BELTRÁN, M.C.: “Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 49/2013.
- 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.” En *Revista de Información Laboral*, num.5, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., MONTOYA MELGAR, A. ,GALIANA MONTERO, J.M, RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013 pp.1005-1035.
- SEMPERE NAVARRO, A.V:” ¿Cómo se calculan los índices de absentismo en el despido objetivo?”, en *Repertorio de Jurisprudencia*, num.3, Aranzadi Social, 2007.
- TOSCANI GIMÉNEZ, M., ALEGRE NUENO, M. y VALENCIANO SAL, A.: “*El nuevo proceso laboral: comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.208-212.
- VIDA SORIA.J., MONEREO PÉREZ,J.L., MOLINA NAVARRETE,C., QUESADA SEGURA,R., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 291-293.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ,J.L., MOLINA NAVARRETE,.C.M, MORENO VIDA,M.N.: *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 2009, pp.23-173

VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 23 febrero 1990, Sala de lo Social [RJ 1990\1215]
- STS de 29 de septiembre de 1995, Sala de lo Social [RJ 1995\6924]
- STS de 9 de febrero de 1996, Sala de lo Social [RJ 1996\1007]
- STS de 27 de enero de 2004, Sala de lo Social [RJ 2004\1500]
- STS de 26 de julio de 2005 , Sala de lo Social [RJ 2005\7147]
- STS de 24 de octubre de 2006, Sala de lo Social [RJ 2006\8104]
- STS de 23 enero 2007, Sala de lo Social [RJ 2007\1590]
- STS de 30 de octubre de 2007, Sala de lo Social [RJ 2007\9327]
- STS de 3 de junio de 2008, Sala de lo Social. [JUR 2008\222497]
- STS de 27 de noviembre de 2008, Sala de Social [RJ 2009\386]
- STS de 9 de diciembre de 2010, Sala de lo Social [RJ 2011\238]
- STS de 13 de marzo de 2012, Sala de lo Social [RJ 2012\4182]
- STS de 25 de noviembre de 2014, Sala de lo Social [RJ 2015\27]
- STS de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Social [RJ 2015\2130]
- STS de 3 de mayo de 2016, Sala de lo Social [RJ 2016\2152]
- STS de 12 de diciembre de 2017, Sala de lo Social [JUR 2018\22582]

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña de 29 de enero de 1993, Sala de lo Social [AS 1993\478]
- STSJ de Galicia de 31 de julio de 2006, Sala de lo Social [JUR 2007\208196]
- STSJ de Extremadura de 21 octubre de 2011, Sala de lo Social. [AS 2011\58]
- STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2012, Sala de lo Social [JUR 2013\31611]
- STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2013, Sala de lo Social [AS 2013\2369]
- STSJ de Extremadura de 28 de junio de 2013, Sala de lo Social [JUR 2013\250462]
- STSJ de Andalucía de 24 de abril de 2014, Sala de lo Social [AS 2014\1707]

- STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2014, Sala de lo Social [AS 2014\2723]
- STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2014, Sala de lo Social. [JUR 2014\292458]
- STSJ de Castilla y León de 12 de noviembre de 2015, Sala de lo Social [AS 2015\2151]
- STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2016, Sala de lo Social [AS 2016\385]

JUZGADO DE LO SOCIAL

- SJSO núm. 1 de Cuenca de 5 mayo 2016. [AS 2017\2079]

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- TJCE de 11 julio 2006, Gran Sala, [TJCE 2006\192] “Caso Chacón Navas”
- STJUE de 1 de diciembre de 2016, Sala Tercera [TJCE 2016\308] “Caso Mohamed Daouidi”
- STJUE de 18 de enero de 2018, Sala Tercera [JUR 2018\16903] “Caso Ruiz Conejero”

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 11 de febrero de 2002, Sala Primera [RTC 2002\29]
- STC de 26 de julio de 2001, Sala Primera [RTC 2001\173]

IX. APÉNDICE LEGISLATIVO

- *Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 147 de 17 de Junio de 2010)*
- *Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227 de 18 de septiembre de 2010)*
- *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2011)*
- *Real Decreto Legislativo, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley (BOE núm. 255, de 24/10/2015)*
- *Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE num.303 de 2 de diciembre de 2000)*
- *Ley 36/2011, de 31 de octubre, reguladora de la jurisdicción Social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011)*
- *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889)*
- *Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto¹ (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985)*
- *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).*
- *Convenio número 155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981 (BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 1985).*
- *Real Decreto 1148/2011 de de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (BOE de 30 de julio de 2011).*
- *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013)*

- *Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1969 (BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1969).*

