



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Despido laboral por absentismo

Daniel Vila Chaves
Doble Grado Derecho y ADE
Tutor: Óscar Vergara Lacalle

2018

Trabajo de Fin de Grado que presenta el alumno Daniel Vila Chaves, del Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, para su correspondiente evaluación por la Comisión académica encargada al efecto.

Índice

I.	Antecedentes de hecho	4
II.	Abreviaturas	6
III.	Introducción	7
IV.	Cuestión primera: calificación jurídica de la decisión de la empresa	9
	IV.a) El despido de la trabajadora Doña Carmen Fernández	
	IV.b) El despido del trabajador Don Agustín Ramírez	
	IV.c) El despido del trabajador Don Sergio Gámez	
	IV.d) Defectos formales e improcedencia de los despidos	
V.	Cuestión segunda: posibilidad de emprender acciones legales por parte de los trabajadores	29
VI.	Cuestión tercera: el derecho a la indemnización	34
VII.	Cuestión cuarta: posibilidad de readmisión	38
VIII.	Conclusiones	40
IX.	Fuentes	42
	IX.a) Legislación	
	IX.b) Jurisprudencia	
X.	Bibliografía	44

I. Antecedentes de hecho

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

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

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

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

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

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

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

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

- En noviembre, inició proceso de incapacidad temporal por bronquitis, no acudiendo a su puesto de trabajo durante 6 días por ese motivo.
- En marzo, se ausentó 4 días al sufrir una reacción alérgica.
- En la primera semana de abril, se ausentó de su puesto de trabajo 4 días por fuertes dolores de cabeza y vómitos, y en la última semana se ausentó dos días debido a su estancia en el hospital por un tratamiento de cáncer que le había sido diagnosticado apenas unos días antes.

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

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

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

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

II. Abreviaturas

CE: Constitución Española

ET: Estatuto de los Trabajadores

IT: Incapacidad temporal

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

III. Introducción

En el presente trabajo se responderá a una serie de cuestiones que se proponen en relación a tres despidos que se producen en la empresa de telefonía CONTRATOPHONE S.A. Cada uno de ellos está fundamentado en una causa diferente prevista en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS) conforma, junto al mencionado ET, el grueso normativo que recoge las principales disposiciones en materia de legislación laboral.

Para la resolución de las cuestiones planteadas se tratará de modo individual y aislado la situación concreta de cada uno de los trabajadores afectados, ya que, como se explicará más adelante, se trata de escenarios particulares que merecen una consideración propia y única para cada una de ellos.

No obstante, se considera oportuno establecer con carácter previo la definición de dos conceptos de los que nos serviremos para el posterior desarrollo del caso: la extinción del contrato de trabajo y el despido.

El artículo 49 del ET establece una serie de causas que originan la extinción del contrato de trabajo, las cuales se pueden distinguir a grandes rasgos en tres grupos¹: aquellas vinculadas a la voluntad unilateral de una de las partes del contrato, aquellas relacionadas con la voluntad conjunta de las partes y por último aquellas causas que tengan su origen en eventos que afectan a alguna de las partes del contrato y limitan o incluso impiden legal o físicamente su persistencia en el tiempo.

Dentro del primer grupo nos encontramos con la figura del despido, y mediante el mismo se extingue la relación contractual por voluntad unilateral del empresario. Para la realización de este trabajo se atenderá fundamentalmente a dos tipos de despidos: el despido objetivo (artículo 52 del ET) y el despido disciplinario (artículo 54 del ET). Cada uno de ellos está fundamentado en una serie de causas concretas y tasadas por el propio ET. El despido disciplinario sienta su base sobre el incumplimiento o la indisciplina del trabajador, mientras que el despido objetivo se fundamenta o bien

¹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 787.

en una especie de incompatibilidad objetiva entre el trabajador y el puesto de trabajo o bien en la necesidad de amortizar puestos de trabajo por razones técnicas, económicas o de organización².

Una vez establecida una primera distinción entre estos conceptos se procede a analizar la situación concreta de Doña Carmen Fernández, Don Agustín Ramírez y Don Sergio Gámez.

² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 811.

IV. Cuestión primera: calificación jurídica de la decisión de la empresa

a) El despido de la trabajadora Doña Carmen Fernández

A doña Carmen se le notificó el día 22 de mayo la rescisión de su contrato, motivada esta por una bajada de rendimiento. Doña Carmen se encontraba en ese momento en un proceso de incapacidad temporal (en adelante IT), que se inició el día 2 de mayo de 2017 debido a un “latigazo cervical” causado por un accidente de tráfico el mismo día y finalizaba el día 26 de dicho mes.

El artículo 45.1 c) del ET contempla la IT como una de las causas de suspensión del contrato de trabajo. Con anterioridad a la reforma laboral de 1994, el artículo 55.6 del ET de 1980 estipulaba que un despido llevado a cabo durante la suspensión del contrato de trabajo era nulo, por lo que un despido a un trabajador en situación de IT sería calificado también de este modo. No obstante, a partir de dicha reforma laboral será necesario apreciar alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución Española (en adelante CE) o en la Ley o una vulneración de derechos y libertades públicas del trabajador, tal y como establece el artículo 55.5 del actual ET, que dispone que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador³”.

El despido de un trabajador en situación de IT y la posible vulneración de preceptos constitucionales ha sido y es objeto de estudio y controversia en las últimas décadas, y antes de considerar la hipotética nulidad de este despido es necesario abordar de forma previa algunas cuestiones sin las cuales sería difícilmente entendible la situación actual en la que nos encontramos. Estas cuestiones son; por una parte, la postura adoptada por los dos grandes tribunales en nuestro país y su evolución a lo largo del tiempo y; por otra parte, la relevancia de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

³ GINÈS I FABRELLAS, A.: “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, año 2010, Aranzadi, Madrid, p.1.

- *La Directiva 2000/78, la doctrina Ring y la Doctrina Chacón Navas*

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2006, C-13/05 (asunto Chacón Navas), supuso el primer pronunciamiento del TJUE sobre este asunto⁴. El Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid plantea el 7 de enero de 2005 una cuestión prejudicial al TJUE con vistas a determinar si es posible equiparar los conceptos de discapacidad y enfermedad. La señora Chacón Navas era trabajadora de una empresa de restauración, y en mayo de 2004 fue despedida, habiendo sido en octubre de 2003 declarada en baja laboral debido a una enfermedad que le impedía continuar con su actividad laboral. Posteriormente, la trabajadora presentó la correspondiente demanda contra la empresa.

El TJUE estimó que, dado que no existe en la Directiva 2000/78 CE una definición explícita del concepto “discapacidad”, habrá de entenderse como tal una “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. En este punto conviene señalar que la Directiva 2000/78 CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 tiene por objeto el establecimiento de un marco general para enfrentar la discriminación, entre otros motivos, por razón de discapacidad, en el ámbito de empleo y la ocupación⁵.

El TJUE estableció además, que para que enfermedad pudiese incluirse en el concepto de discapacidad, ha de existir una probabilidad considerable de que la misma sea de larga duración. Se separan así los conceptos de enfermedad y de discapacidad, por lo que “la 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”. La sentencia del TJUE supuso en cierto modo un apoyo a la doctrina del Tribunal Supremo español, al aceptar que no se pueden equiparar los conceptos de enfermedad y discapacidad a la hora de valorar una situación de discriminación⁶.

No obstante, en la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 (asunto Ring), el tribunal establece que, tras la adhesión a la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con discapacidad (Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009), la mencionada

⁴GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.; “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 11, año 2017, Aranzadi, Madrid, p.1.

⁵ CORDERO GORDILLO, V.: “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE” en *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm.16, año 2006, Aranzadi, Madrid, p.3.

⁶ DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi”, en *Revista de Información Laboral*, núm.3, año 2017, Aranzadi, Madrid, p.3.

Directiva 2000/78 habrá de interpretarse de acuerdo con la Convención. El artículo 1.2 de la misma dispone que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

De acuerdo con este precepto, el TJUE establece que “si una enfermedad, curable o incurable, acarrea una limitación que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede ser incluida en el concepto de discapacidad”, contemplando de este modo la posibilidad de que una enfermedad que cumpla con estas características pudiese incluirse en el ámbito de protección de la Directiva. La línea seguida hasta el momento por el Tribunal Supremo (se explicará a continuación) se mantiene tras esta sentencia, pero se produce una corrección del concepto de discapacidad⁷.

- *La línea jurisprudencial del Tribunal Supremo*

La primera ocasión en la que el Tribunal Supremo se pronunció sobre este asunto se remonta al año 2001, en la STS de 29 de enero de 2001 (rec. núm. 1566/2000). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró nulo el despido de un trabajador en relación con el artículo 14 de la CE (prohibición de discriminación). La empresa interpuso el correspondiente recurso de casación contra la sentencia y, como respuesta a la misma, el alto tribunal estableció que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”, rechazando de este modo la nulidad del despido del trabajador y abogando por la improcedencia del mismo.

Esta misma línea jurisprudencial tiende a considerar este tipo de despidos como improcedentes, siempre y cuando el mismo no se produjese o no tuviese como causa un motivo discriminatorio o lesivo

⁷ DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi”, *op. cit.*, p.4.

de algún derecho fundamental, y ha sido seguida por varias sentencias, entre las cuales podemos destacar la STS de 18 de diciembre de 2007 (rec. núm. 4194/2006), la STS de 27 de enero de 2009 (rec. núm. 602/2008), la STS de 12 de julio de 2012 (rec. núm. 2789/2011)⁸.

Más reciente es la STS de 3 de mayo de 2016 (rec. núm.3348/2014), en la que se presenta un caso bastante similar al de doña Carmen. El alto tribunal estableció que “no es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio; en consecuencia, al no existir un factor de discriminación en el despido de la recurrente, ni estar encuadrado en los supuestos que el ET califica como despidos nulos, el mismo ha de merecer la calificación de despido improcedente”. Además, y con respecto a la comparativa entre enfermedad y discapacidad el TS dispone que “a la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

- *El posicionamiento del Tribunal Constitucional.*

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre esta cuestión. En la STC 62/2008, de 26 de mayo, respondía al recurso de amparo presentado por un trabajador contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaraba la improcedencia de su despido y rechazaba su pretensión de nulidad, fundamentada en la posible vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 y 15 de la Carta Magna. La supuesta vulneración del artículo 14 radica en el principio de no discriminación recogido en el mismo, y la vulneración del artículo 15 hace referencia a la idea de protección de la salud que se integra dentro del contenido de este artículo, que no es otro que el derecho a la integridad física y moral. El recurrente pues, tenía derecho a la recuperación de su salud sin verse perjudicado por ello con una decisión extintiva. El trabajador había sido despedido disciplinariamente por una supuesta transgresión de la buena fe contractual, al no comunicar en el momento de contratación a la empresa una lesión en las cervicales que padecía, siendo

⁸ 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*, núm.5, año 2017, Aranzadi, Madrid, p.3.

la actividad de la empresa la construcción. El Tribunal Constitucional confirmó a través de esta sentencia la posición del Tribunal Supremo⁹, y dispuso una serie de premisas que merece la pena estudiar.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional acepta la posibilidad de que la enfermedad de un trabajador pueda ser objeto de la discriminación que recoge el artículo 14 CE, señalando que “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encajable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo”. No obstante, pone en duda que el despido de un trabajador que padece una enfermedad temporal o de limitación en el tiempo pueda configurar tal discriminación, al considerar que “no puede hablarse, por tanto, de una discriminación por enfermedad temporal, al no existir indicio alguno de que fuera ésta la causa del despido, y ello al margen de que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE”.

A continuación, acota o limita las posibilidades de discriminación que recoge el artículo 14 CE, disponiendo que “no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”.

Por último, y en relación con el despido del trabajador, consideró que “en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo” justificando tal afirmación del siguiente modo: “la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún perjuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla”.

⁹ GINÈS I FABRELLAS, A.: “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *op.cit.*, p.5.

- *El caso Daouidi*

El asunto Daouidi hace referencia al despido por bajo rendimiento de un trabajador de un restaurante de Barcelona cuando se encontraba este en situación de IT al haberse dislocado el hombro en un accidente laboral. El trabajador presentó la correspondiente demanda de impugnación del despido ante Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona solicitando la declaración de improcedencia del mismo, y dicho juzgado planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial, mediante la cual se pretendía aclarar si un despido en el cual se alega una causa ficticia como motivo del mismo es improcedente debido a un mero defecto formal o si, por el contrario, cabe la posibilidad de declarar el despido como nulo al infringirse derechos fundamentales proclamados en la CE (en este caso el derecho a la salud o la integridad física)¹⁰.

El TJUE dio respuesta a la mencionada cuestión prejudicial a través de la sentencia de 1 de diciembre de 2016 (asunto C – 395/15), y en ella acepta y considera factible la posibilidad de que se pueda llegar a declarar la nulidad del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal. Con respecto a la enfermedad o IT señala que “entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”.

Una vez atendida la cuestión prejudicial, el Juzgado de lo Social N.º 33 de Barcelona, mediante la sentencia 472/2016, de 23 de diciembre de 2016 estimó la demanda interpuesta por el trabajador, calificando el despido como nulo. La empresa recurrió esta sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña presentando el correspondiente recurso de suplicación. El Tribunal estimó la demanda y calificó el despido como improcedente a través de la STSJ de Cataluña 3767/2017, de 12 de junio de 2017, siguiendo la línea jurisprudencial marcada por el TS en la última década.

- *Recapitulaciones*

A la luz de lo anteriormente expuesto, cabe destacar, en primer lugar, que el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 29 de enero de 2001 (rec. núm. 1566/2000) hasta las últimas sentencias sobre el

¹⁰ 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”, *op.cit.*,p.9.

asunto, como por ejemplo la sentencia de 3 de mayo de 2016 (rec. núm. 3348/2014), ha establecido una línea jurisprudencial (avalada por el Tribunal Constitucional a través de la STC 62/2008, de 26 de mayo) que viene a descartar la posibilidad de la calificar como nulo el despido de un trabajador en situación de IT.

No obstante, existen una serie de supuestos en los cuales el despido provocado por la situación de IT puede efectivamente llevar a la declaración de nulidad del mismo:

- En primer lugar nos encontramos con aquellos casos en los cuales el despido tiene un efecto ofensivo o ultrajante del padecimiento de determinadas enfermedades, ante el cual cabe la declaración de nulidad por infringir el derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 CE.
- A continuación, aquellas situaciones en las cuales se presiona al trabajador que se encuentra en situación de IT, intimidándolo con la posibilidad de despido, para pida el alta voluntaria y se reincorpore a la empresa. En estos casos, se puede entender que existe una vulneración de derechos constitucionales, y más concretamente una vulneración del artículo 15 CE (derecho a la salud y a la integridad física).
- Por último, y atendiendo a lo dispuesto por el TJUE en los asuntos Ring y Daouidi, cabe una tercera alternativa para calificar como nulo el despido en una empresa. Para ello, será necesario que la IT en la que se encuentra el trabajador no esté delimitada temporalmente con suficiente precisión y concreción, o se prevea que la misma pueda prolongarse de forma indefinida, y por tanto acogiendo de este modo el concepto de enfermedad equiparable a la discapacidad recogido en la Directiva 2000/78¹¹.

Analizadas las cuestiones anteriores, y relacionando las mismas con el caso que nos ocupa, se descarta la posible nulidad del despido de coña Carmen, al no concurrir este en ninguno de los tres supuestos explicados. Se entiende que la empresa no despidió a la trabajadora (mientras se encuentra en situación de IT) por algún perjuicio excluyente relacionado con su enfermedad, no existiendo pues la discriminación que busca evitar el artículo 14 de la CE. Asimismo, no es posible tampoco equiparar la situación de IT de doña Carmen con el concepto de discapacidad estudiado anteriormente, ya que existe un plazo fijado y delimitado para la duración de su baja (desde el día 2 de mayo al día 26 de mayo). La

¹¹ 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”, *op.cit.*, p.11.

idea de equiparación de discapacidad con enfermedad que se extrae de los asuntos Ring y Daouidi sienta su base sobre la previsión de que la misma no tenga un límite temporal concreto o se prevea que pueda prolongarse en el tiempo de modo.

Una vez se ha descartado la posible nulidad del despido, el siguiente paso a seguir es la comprobación de su procedencia o no. En primer lugar, nos encontramos ante un despido disciplinario recogido en el artículo 54 del ET. Dicho artículo establece que “el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador” y dispone además que “la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado” tendrá tal consideración.

La jurisprudencia ya consolidada ha establecido una serie de condiciones principales que han de cumplir este tipo de despidos para poder estimarse su procedencia: que existan las notas de voluntariedad y culpabilidad en el incumplimiento, que la disminución del mismo se demuestre a través de un elemento de comparación en condiciones homogéneas, y que existan motivos externos a la voluntad del trabajador en la bajada del rendimiento. La STSJ de Galicia 3353/2013, de 19 de junio, hace un acopio de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la exigencia de estos requisitos.¹²

La concurrencia de las notas de voluntariedad y de culpabilidad no exige necesariamente que exista dolo o un ánimo nocivo o dañino en el trabajador, sino que bastaría con que el mismo dejase de emplearse con la diligencia debida necesaria¹³. Cabe cuestionarse entonces si a una trabajadora en situación de IT se le podrían exigir estas condiciones. Sobre este aspecto se considera necesario traer a colación la STSJ de Galicia 4324/2012, de 17 de julio. En ella el Tribunal dispuso que “el rendimiento se exige a cambio de retribución, exigiéndose además para que dicha causa de despido pueda operar que existan datos cuantitativos acerca del rendimiento que se cuestiona, y difícilmente puede existir cuantificación si el contrato se encuentra suspendido”. Asimismo, estimó que “achacar bajo rendimiento durante la situación de baja por incapacidad temporal pugna abiertamente con el hecho de que el contrato de trabajo se encuentra suspendido mientras dure dicha situación, y en consecuencia exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”.

¹² AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico 2018-2019: Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p.77.

¹³ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico 2018-2019: Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit, p. 79.

Con el objetivo de demostrar que la disminución del rendimiento es tal, la empresa realiza una comparación entre las ventas de la trabajadora y las del resto de sus compañeros. Esta comparación se realiza encontrándose doña Carmen en situación de IT, y por tanto se entiende que la misma no se ha realizado en unas mínimas condiciones de objetividad y homogeneidad. Así lo han considerado también varios Tribunales Superiores de Justicia, como es el caso de Madrid (STSJ de Madrid 475/2000, de 20 de junio), Asturias (STSJ de Asturias 259/2001, de 26 de enero) o Cataluña (STSJ de Cataluña 5031/2001, de 11 de julio). En el caso del TSJ de Asturias, la sentencia mencionada dispuso que esta modalidad extintiva “exige además de la voluntariedad y reiteración de la conducta, que el descenso en el rendimiento se constate de acuerdo con parámetros de comparación objetivos, prefijados y razonables que denoten la gravedad del incumplimiento contractual por el trabajador”. Asimismo, en la STSJ de Madrid también mencionada se establece que “debe haber un elemento de comparación que aparezca de condiciones homogéneas y permita objetivamente cuantificarla”.

En los antecedentes de hecho se hace mención a las advertencias que por parte de la empresa se hicieron a la trabajadora. Sobre este asunto se estima oportuno traer a colación la STSJ de Castilla y la Mancha 963/2016 de 7 de julio, en la cual se estima procedente un despido disciplinario por bajo rendimiento tras haber sido advertido el trabajador sobre su bajada de rendimiento. El tribunal señaló que después de tales advertencias “no se ha producido reacción alguna del trabajador, que ha perseverado en su actitud, sin conocerse explicación para la misma, denotando con ello la continuidad, gravedad y voluntariedad requeridas”. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el día 23 de abril se les comunica a los trabajadores de la empresa que la campaña de ventas está siendo un éxito. Posteriormente, el día 2 de mayo la trabajadora comienza su proceso de IT que durará hasta el día 26 del dicho mes. La trabajadora fue despedida el día 23 de mayo, y, a falta de especificación sobre la fecha en la que se realizaron tales advertencias, parece imposible pensar que una persona que está en situación de IT pueda responder de algún modo a las mismas o mejorar su rendimiento, precisamente por esa situación en la que se encuentra.

Es por ello que se considera que, de acuerdo con el artículo 55.4 del ET, este despido ha de considerarse improcedente al no haber quedado acreditado el incumplimiento del trabajador, en tanto en cuanto la disminución del rendimiento que motiva el despido no reúne las exigencias necesarias para poder ser considerada como tal.

b) El despido del trabajador Don Agustín Ramírez

Por su parte, a don Agustín Ramírez se le comunicó la extinción de su contrato el día 22 de mayo de 2017, amparando tal decisión la empresa en las 21 faltas de asistencia al trabajo repartidas en los meses de octubre y noviembre de 2016 y marzo y abril de 2017. Nos encontramos ante una resolución unilateral del contrato por parte del empresario, pero podría existir la duda de si se trata de un despido disciplinario o de un despido objetivo.

El artículo 54.2 del ET establece que se considerarán incumplimientos del contrato (y por ende, causa de despido disciplinario) “las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”. Según podemos comprobar en los antecedentes de hecho, don Agustín ha presentado justificante médico para todas y cada una de sus ausencias al trabajo, por lo que en este caso no podemos considerar este despido como disciplinario.

El despido objetivo, tal y como se mencionó al inicio de esta cuestión, también aparece recogido en el ET, concretamente en su artículo 52. La redacción literal del mismo establece que el contrato podrá extinguirse por causas objetivas “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”. A tenor de este artículo efectivamente podemos entender que el despido de este trabajador se ajusta a la modalidad de extinción de la relación contractual por causas objetivas. La principal explicación de esta modalidad de despido objetivo es hacer frente al absentismo (incluso aquel que pueda estar justificado) en la empresa, y más concretamente, contra aquellas faltas de asistencia que por su brevedad y discontinuidad son difíciles de controlar y de verificar¹⁴.

En la STS de 5 de octubre de 2005 (rec. núm. 3648/2004) el Alto Tribunal estableció que el ET “formula dos posibilidades de cómputo, o bien las faltas alcanzan el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos”, por lo que de cumplirse una de las dos posibilidades se podrá proceder al despido objetivo, no siendo necesario el cumplimiento de ambas.

¹⁴ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador; ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005, p.201.

Con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (comúnmente conocido como reforma laboral) se modificaron una serie de aspectos que afectaron de modo notable al mundo laboral y; más concretamente, se modificó el artículo 52 del ET, desligando el índice total de absentismo de la empresa del absentismo personal de cada trabajador a efectos extinción del contrato por causas objetivas (con anterioridad a la reforma de 2012 se exigía que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo superase el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo que los de ausencia del trabajador).

La empresa en la notificación de despido cuantifica en 21 las faltas de asistencia del trabajador sobre un total de 80 jornadas de trabajo que le correspondería haber trabajado en los meses de octubre y noviembre de 2016 y marzo y abril de 2017. El mencionado artículo 52 d) establece que el veinticinco por ciento (sobre el total de jornadas hábiles) en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses serán ausencias suficientes como para activar la modalidad objetiva de despido.

Efectivamente las 21 ausencias señaladas superan el 25% de las 80 jornadas hábiles (20) y se cumple el criterio de intermitencia exigido por el ET. Con respecto a este asunto y de forma orientadora conviene citar la STS de 5 de octubre de 2005 (rec. núm. 3648/2004) que desestima el recurso de casación contra la STSJ de Navarra 244/2004, y establece que con respecto a los coeficientes indicados en el artículo 52 d) del ET habrá que interpretarse que los mismos no han de concurrir en cada uno de los dos o cuatro meses del cómputo, sino en el cómputo global de los dos meses o de los cuatro meses (en este caso serían cuatro meses).

No obstante, en la última semana de abril de 2017 el trabajador no acude al trabajo debido a su estancia en el hospital para recibir un tratamiento de cáncer que le había sido diagnosticado unos días antes. Con la mencionada Ley 3/2012 se añade un nuevo párrafo al artículo 52 d), que, con respecto a las faltas que no se podrán computar como ausencias, establece expresamente que “tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”. Atendiendo a la redacción literal del artículo, las faltas de asistencia de don Agustín correspondientes a la última semana de abril no se podrían computar como tales, y por tanto las ausencias totales en esos 4 meses discontinuos serían 19 y no superarían el 25% de las 80 jornadas hábiles. De este modo, no concurriría la causa que la empresa alega para realizar el despido objetivo.

Sobre este asunto se pronunció, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la STSJ 494/2015, de 26 de mayo, estableciendo que “se excluye del cómputo de las ausencias al puesto

de trabajo los periodos de baja consecuencia de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, no, por tanto, del padecimiento de una enfermedad grave sino del tratamiento de la mismo, poniendo a modo de ejemplo el cáncer que requiere del tratamiento de quimio o radioterapia, que se prolonga en el tiempo y lo mismo puede predicarse de otras enfermedades cuyo tratamiento se dilata y justifica las bajas intermitentes dentro de un mismo proceso de curación”.

El trabajador se ausentó, además de por el tratamiento de cáncer y por una serie de dolores de cabeza y dolores en la zona cervical, por una bronquitis, una reacción alérgica y una gastroenteritis. Ante la posibilidad de que alguna de estas dolencias pudiese encajar en el concepto de enfermedad grave que recoge el artículo 52 d) ET, es conveniente destacar que no existe, a día de hoy, una enumeración precisa y clarificadora sobre qué enfermedades pueden considerarse como graves a estos efectos, por lo que habrá que atender a cada caso concreto y a la valoración realizada por el tribunal correspondiente¹⁵.

En este sentido podemos destacar la STSJ de Andalucía 1641/2014, de 13 de noviembre de 2014, en la que el tribunal considera que la migraña no merece esa calificación o la STSJ de Castilla y León 1095/2014, de 16 de julio de 2014, que establece que tampoco merecen la calificación de enfermedad grave la bronquitis y procesos de dolor abdominal. Sin embargo, existen otras sentencias que apuntan a la calificación que realicen los médicos que traten al trabajador en sus informes, como la STSJ de Cataluña 1267/2014, de 19 de febrero de 2014. Ante la poca claridad y la falta de una lista tasada, no se considerará la posibilidad de clasificar la bronquitis, la reacción alérgica y la gastroenteritis como enfermedades graves. De todos modos, y tal y como apunta la STSJ de Madrid 494/2015, de 26 de mayo, citada anteriormente, son los días en los que el trabajador recibe tratamiento a causa de la enfermedad grave los que no se computarán como falta, y no los meros días de ausencia, por lo que en este caso todos esos días forman parte del cómputo, siendo el número total de faltas del trabajador (descontando los dos días por el tratamiento del cáncer) 19 días.

Con respecto a la otra posibilidad de despido objetivo por faltas (aún justificadas pero intermitentes) recogida en el artículo 52 d) del ET, este establece que se podrá proceder al despido objetivo cuando las ausencias del trabajador “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”. En este punto se considera necesario destacar que en los

¹⁵ SALCEDO BELTRÁN, M.: “Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm.7, año 2013, Aranzadi, Madrid, p.5.

antecedentes de hecho que se nos presentan no se especifica ni se hace mención a las faltas de asistencia de don Agustín en los doce meses anteriores a las fechas que se nos indican en el texto.

Tal y como se ha analizado en el desarrollo de esta cuestión, las ausencias totales del trabajador no alcanzan el 25% exigido por el ET para este tipo de despidos, al no computarse como tales los dos días en los que el trabajador acudió a recibir tratamiento de cáncer. Es por ello que, de acuerdo con el artículo 53 del ET, que dispone que “la decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en la que se fundamentó la decisión extintiva”, se califica el despido como improcedente, al no haber llegado las faltas del trabajador al 25% exige el artículo 52 d) del ET, y no concurrir por tanto la causa en la que se fundamenta el despido objetivo.

c) El despido del trabajador Don Sergio Gámez

En último lugar, a don Sergio Gámez se le informa el 23 de mayo la rescisión de su contrato, fundamentándose la misma en el absentismo laboral del trabajador durante los meses de febrero y marzo (un 54% de los días de trabajo según la notificación de despido). Don Sergio durante este mes sufrió recurrentes dolores de cabeza.

Mientras que en los dos primeros supuestos resulta sencillo el encuadre de la decisión extintiva de la empresa dentro de las modalidades de despido disciplinario y despido objetivo, en este caso se tienen ciertas dudas sobre qué tipo de despido está llevando a cabo la empresa.

El despido disciplinario por faltas de asistencia injustificadas recogido en el artículo 54.2 a) del ET y el despido objetivo por absentismo recogido en el artículo 52 d) del ET son figuras extintivas afines que presentan una serie de similitudes y que en muchas ocasiones pueden ser objeto de confusión.

La primera duda que se presenta al comparar ambos tipos de despido es si, para el cómputo global de las faltas necesarias para aplicar el tipo objetivo, se pueden incluir faltas no justificadas. La redacción literal del artículo 52.d) del ET no aclara del todo esta cuestión, ya que, al establecer el mismo que “el contrato podrá extinguirse por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas”, parece valorar la posibilidad de que las faltas injustificadas (por sí solas o de modo conjunto con las justificadas) puedan formar parte del cómputo para el cálculo del número de ausencias necesarias para aplicar el

despido objetivo. De acuerdo con Montoya Melgar¹⁶, “debe entenderse que estos despidos sólo proceden en caso de faltas de asistencia justificadas, esto es, de típicos incumplimientos no culpables que, pese a su inculpabilidad, producen una perturbación en la marcha normal de la empresa”. Esta misma postura también es adoptada por González Ortega, cuando afirma que el ET “al hablar de faltas, aún justificadas, antes que introducir un criterio de acumulación, quiere señalar una diferenciación”.

Sin embargo; otra parte de la doctrina, entre la cual podemos destacar a Julián Sagardoy Bengoechea, considera que el fin último de este precepto es el castigar el absentismo, entendiéndose este último concepto en sentido amplio e incluyendo por tanto la suma de las ausencias, incluyendo tanto las justificadas como las no justificadas¹⁷.

En los antecedentes de hecho del caso que nos ocupa no se aclara si las faltas debidas a los “recurrentes dolores de cabeza” fueron debidamente justificadas por el trabajador ni si al menos comunicó a la empresa el motivo de las mismas, y tampoco se define su posible intermitencia. Admitiendo el posible encuadre del despido de don Sergio en ambas figuras extintivas, se ha considerado que el mismo tiene mayor cabida en la modalidad de despido objetivo. El despido disciplinario recoge aquellos incumplimientos del trabajador graves y culpables¹⁸, y si bien el trabajador no ha justificado ninguna de sus ausencias existe una causa que ampara las mismas (recurrentes dolores de cabeza), y no parece que la conducta del trabajador encaje en el incumplimiento característico del despido disciplinario.

Asimismo, el fundamento de este tipo de despido objetivo no es el mismo que el que impera en el despido disciplinario del artículo 54 del ET. El legislador entiende que la modalidad disciplinaria supone para el empresario un poder para hacer frente a incumplimientos contractuales del trabajador (asistir a su puesto de trabajo), mientras el despido objetivo no puede entenderse como una sanción a la conducta del trabajador, sino como una alternativa ante la exagerada onerosidad que éste provoca¹⁹.

¹⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2014, p.476.

¹⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador; ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, op.cit, p.214.

¹⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, op. cit., p.475.

¹⁹ ASQUERINO LAMPARERO, M.: “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 11, año 2006, Editorial Aranzadi, Madrid, p.2.

Una vez calificado el despido como objetivo, será necesario analizar el cómputo global de ausencias del trabajador en relación con el total de las jornadas hábiles. Pues bien, en los antecedentes de hecho se dispone que el trabajador en los meses de febrero y marzo tuvo un índice de absentismo del 54%; es decir, que sobre un total de 40 jornadas hábiles se ausentó en aproximadamente 22 días. El mencionado artículo 52 d) del ET establece que el contrato podrá extinguirse “por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de 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”. Existen, por tanto, dos opciones recogidas por el mencionado artículo para la aplicación de esta modalidad extintiva: o bien alcanzar el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o bien alcanzar el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos.

En el caso de don Sergio nos encontramos con la primera opción, ya que el trabajador se ausentó en más del 20% de las jornadas hábiles en el período de dos meses comprendido desde febrero hasta marzo, al alcanzar su nivel absentismo el 54% en dicho período.

Si bien el número de ausencias son más que suficientes para estimar procedente el despido objetivo, se considera oportuno destacar que los antecedentes de hecho nada indican sobre la intermitencia de las faltas ni sobre el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores (tal y como sucede también con el caso de don Agustín). Esta consideración reviste de especial importancia ya que la jurisprudencia consolidada ha establecido que si las ausencias no son intermitentes, es decir, si nos encontramos con ausencias consecutivas o con una única ausencia que se prolonga en el tiempo la decisión extintiva será declarada improcedente²⁰. De hecho, el supuesto recogido por el artículo 52 d) del ET hace referencia a la dinámica de inasistencia, y así lo recogen sentencias como la STS de 26 de julio de 2005 (rec. núm. 3406/2004) o la STS de 31 de enero de 2008 (rec. núm. 284/2007).

En los antecedentes de hecho se nos informa de que el trabajador es secretario de organización del Sindicato CGT desde el año 2015 y de que tiene una incapacidad permanente total reconocida con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE S.A.

²⁰ AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico 2018-2019: Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit., p. 515.

La Ley General de la Seguridad Social de 2015 (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) regula en su artículo 194.1 los diferentes grados de incapacidad permanente y los agrupa en cuatro tipos: la incapacidad permanente parcial, la incapacidad permanente total, la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez. Asimismo, en el apartado 2 de dicho artículo se establece que “la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca”.

Centrando el objeto del estudio en la situación en la que se encuentra el trabajador, la incapacidad permanente total se diferencia de la incapacidad permanente absoluta en que esta última inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio, mientras que la situación de incapacidad permanente total impide al trabajador la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta²¹.

Tal y como se observa en los antecedentes de hecho, la empresa contrata al trabajador teniendo un completo conocimiento sobre su situación de incapacidad permanente. Las ausencias del trabajador de las que se sirve la empresa para aplicar la decisión extintiva tienen su origen en una serie de dolores de cabeza que aquejaba el mismo, y no parece viable establecer una relación de causalidad entre las mismas y la incapacidad permanente de don Sergio. Es por ello que difícilmente se podrá apreciar un trato discriminatorio que provoque la nulidad del despido, al no existir el elemento de segregación al que hizo referencia el Tribunal Constitucional cuando se pronunció sobre la nulidad o improcedencia de este tipo de despidos en la estudiada STC 62/2008, de 26 de mayo.

Por último, en los antecedentes de hecho se menciona que el día 17 de mayo don Sergio adquiere la condición de representante de personal. Como muestra de una de las manifestaciones de las garantías jurídicas de protección que el ordenamiento jurídico otorga a aquellos trabajadores que ostenten puestos de representación de personal se les reconoce una serie de derechos ante el eventual despido disciplinario²². El artículo 55.1.2 del ET establece que “cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que pertenezca, si los hubiese”. Asimismo, dispone que “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

²¹ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C: “La incapacidad para trabajar”, La Ley, 2014, Madrid, p.366.

²² MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo, op.cit.*, p.487.

correspondiente a dicho sindicato”. Si el despido se realizase inobservando estas circunstancias, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpliera los requisitos omitidos en el precedente.

No obstante; y de acuerdo con las consideraciones anteriores, el despido de don Sergio es un despido por causas objetivas, y el expediente contradictorio se exige en el supuesto de despido disciplinario, tal y como establece el mencionado artículo 55 del ET en los términos expuestos pero no en los supuestos de despido por causas objetivas que se regulan en el art 53 del ET (STSJ de Cataluña 3072/2013 de 30 de abril).

El despido de un trabajador que ostenta la condición de representante de los trabajadores puede llegar a ser calificado como nulo. Sobre este asunto se considera oportuno traer a colación la STSJ de Navarra 59/2011, de 23 de febrero. En ella se trataba un caso de un despido por causas objetivas a dos trabajadores de una empresa, y dos meses antes de recibir la notificación de despido tuvieron lugar en la empresa elecciones sindicales, siendo ambos trabajadores elegidos como representantes sindicales. Los trabajadores presentaron la demanda de nulidad ante el Juzgado de lo Social N° 3 de Pamplona/Iruña y la sentencia estimó sus pretensiones, calificando el despido como nulo por vulneración del derecho a la libertad sindical y del derecho a la igualdad y a no ser discriminado. La empresa recurrió la misma presentando el correspondiente recurso de suplicación. La respuesta del Tribunal Superior de Justicia de Navarra fue clara: desestimó el recurso presentado por la empresa y confirmó la resolución de instancia al entender que quedó probado que “la empresa por causas objetivas despidió a tres miembros de la lista del sindicato ESK, sin que haya justificado o dado razón suficiente de la causa por la que eligió a estos trabajadores y no a otros, ni por la que optó por el despido de más miembros del sindicato con más número de votos en la últimas elecciones”.

La sentencia analizaba una situación similar al que nos ocupa en este caso, pero existe una diferencia fundamental entre ambos: mientras que, en la sentencia estudiada, la empresa conocía la participación en tareas sindicales con carácter previo a la comunicación de los despidos, en el caso de CONTRATOPHONE S.A, la empresa notificó el despido a los trabajadores dos días antes de que el trabajador formase parte de la sección sindical. Por tanto, no se considera que exista un trato discriminatorio o una vulneración del derecho a la libertad sindical.

Por todo ello se califica el despido objetivo del trabajador como procedente, al concurrir y estar probada la causa que motiva el mismo y al no existir los condicionantes que podrían originar la nulidad de esta extinción.

d) Defectos de forma e improcedencia de los despidos

En esta cuestión primera se han calificado jurídicamente los despidos de los tres trabajadores de la empresa, y dicha calificación se ha hecho analizando principalmente cuestiones de fondo. Sin embargo, no se ha estudiado el grado de cumplimentación de los requisitos formales exigidos por la legislación laboral en este tipo de decisiones extintivas. Este apartado de la cuestión primera tiene como principal objetivo hacer mención a dichos requisitos, así como a las posibles consecuencias que se derivarían del no cumplimiento de los mismos en los despidos de doña Carmen, don Agustín y don Sergio.

En España el sistema de extinción del vínculo laboral entre trabajador y el empresario goza inevitablemente de la nota de causalidad; es decir, el despido ha de estar justificado en una causa reconocida y recogida como tal en el Estatuto de los Trabajadores para que el despido sea conforme a Derecho. No obstante, se añade además otro nivel de protección para el trabajador, mediante la imposición de unos requisitos de forma establecidos legalmente que el despido ha de cumplir²³.

El artículo 55.4 del ET establece que el despido disciplinario será improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento que alega el empresario y en aquellos casos en los que el mismo no se ajuste a los requisitos de forma recogidos en el apartado primero del dicho artículo. El despido disciplinario pues, “deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto”. Asimismo, es oportuno destacar para el caso que nos ocupa que “si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato”.

Sobre el primero de los requisitos mencionados se estima conveniente traer a colación la STS de 21 de mayo de 2008 (rec. núm. 528/2007), que recoge el pronunciamiento del alto tribunal acerca de la notificación del despido, y establece sobre la comunicación escrita que esta habrá de proporcionar al trabajador “un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa”.

²³ GALÁN CANO, Y.: “La forma del despido disciplinario: discusión en torno a la exigencia de requisitos adicionales a los establecidos en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 20, año 2001, Aranzadi, Madrid, p.1.

La exigencia de formalización del despido persigue, por tanto, el conocimiento por parte del trabajador del incumplimiento que se le atribuye para así poder organizar su defensa. No será suficiente que la carta de despido se limite a hacer referencia al tipo legal en el que encaje la decisión extintiva, sino que habrá de especificar y concretar la falta que se le imputa²⁴.

En el caso de que el trabajador despedido estuviese afiliado a un sindicato en el momento de producirse el despido, será necesario dar audiencia a los Delegados sindicales con carácter previo. La empresa debió haber conocido dicha condición del trabajador para la activación de dicho requisito. El artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical, dispone que los Delegados sindicales tendrán derecho a “ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de éstos últimos”, sin perjuicio de lo que se pudiese disponer por convenio colectivo.

El TSJ de Murcia estableció sobre este asunto en la STSJ de Murcia 878/2001 de 21 de junio que “para que pueda exigirse la audiencia previa al despido de un trabajador afiliado a un sindicato, y declararse la improcedencia del despido por falta de ese requisito formal, es preciso que exista en la empresa, por tener el número de trabajadores necesario, un delegado sindical que haya sido nombrado como tal y cuyo nombramiento haya sido dado a conocer a la empresa”.

El empresario, habiendo procedido a efectuar la decisión extintiva sin cumplir con dichos requisitos o condiciones, podrá realizar un nuevo despido que efectivamente los cumpla. Este nuevo despido cobrará efectos desde su fecha, y podrá ser efectuado en el plazo de veinte días (desde el siguiente día al del despido original). Además, podrá poner a “disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social” (artículo 55.2 del ET).

Con respecto a los requisitos de forma que el despido objetivo ha de cumplir, el artículo 53.1 del ET recoge las formalidades que ha de revestir el mismo. En primer lugar, será necesario comunicar por escrito al trabajador la notificación, expresando la causa que origina la decisión extintiva. Dicha causa habrá de ser necesariamente una de las previstas en el artículo 52 del ET, y tal y como sucedía con el despido disciplinario, será necesario que esta se exponga con la suficiente claridad y precisión, no bastando la mera cita del apartado del artículo del precepto legal que la recoja. Asimismo, la

²⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo, op.cit.*, p. 481.

comunicación habrá de contener fecha, para así existir una referencia temporal que permita iniciar el cómputo de los plazos de preaviso.²⁵

En segundo lugar, el empresario deberá poner a disposición del trabajador, de modo simultáneo a la notificación escrita, una indemnización de veinte días por año trabajado (quedan parcialmente exceptuados los despidos con alegación de causa económica recogidos en el artículo 52.c del ET). No bastará con una mera declaración, y será necesario señalar su cuantía, así como el tiempo y el lugar en el que el trabajador podrá hacerla efectiva.

Por último, el artículo 53.1 c) del ET establece la obligación por parte del empresario de conceder un plazo de preaviso de quince días al trabajador “computado desde la entrega de la comunicación personal hasta la extinción del contrato de trabajo”. Es oportuno destacar en este punto lo dispuesto en el artículo 122.3 de la LRJS, que dispone que “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”.

Tanto en el despido disciplinario como en el despido por causas objetivas la inobservancia de los requisitos formales analizados en esta cuestión podrá derivar en la improcedencia del despido, por lo que los mismos cobran una relevancia fundamental en toda decisión extintiva y es por ello que se ha estimado conveniente integrar este apartado en la cuestión primera.

En los antecedentes de hecho apenas se hace referencia a la forma de las tres decisiones extintivas, y por tanto no se puede extraer la suficiente información acerca del cumplimiento de las formalidades legalmente exigidas mencionadas anteriormente. Es por ello que, al no poderse emitir un pronunciamiento completo o lo suficientemente argumentado sobre la improcedencia por razones de forma, se considera que las tres decisiones extintivas cumplen con los requisitos formales que se han tratado anteriormente.

²⁵ MOYA CASTILLA, J. M.: *Relaciones laborales*, Wolters Kluwer, Valencia, 2014, p.730.

V. Cuestión segunda: posibilidad de emprender acciones legales por parte de los trabajadores

De modo previo a la impugnación del despido mediante la presentación de la eventual demanda contra el despido es necesario destacar en este punto la figura de la conciliación. El Tribunal Constitucional en la STC 81/1992, de 28 mayo, la definió como “un método autocompositivo de solución de conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible en el que las partes, a través de la intervención de un tercero, evitan el nacimiento o ponen fin a un litigio entre ellas surgido”.

La propia LRJS establece en el artículo 63 que “será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones”. Asimismo, el artículo 66 de dicha ley establece la obligatoriedad de asistencia de las partes al acto de conciliación. Las partes intervinientes en la relación laboral tienen, como resulta evidente, intereses enfrentados, motivo por el cual el Derecho del Trabajo establece vías alternativas de resolución de conflictos, para reponer la armonía o el equilibrio de la satisfacción de la relación laboral²⁶.

Según Montoya Melgar se trata pues, de “un acto contractual cuya finalidad es la evitación de un procedimiento heterónomo, esto es, conocido y resuelto por un tercero distinto de las propias partes en conflicto”.²⁷

El artículo 64 de la LRSJ establece una serie de supuestos en los que no será requisito necesario el intento de conciliación. Estos son: los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa, aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas o aquellos en los que fuera necesario dirigir o ampliar la misma frente a personas distintas de las inicialmente demandadas. A tenor de los hechos relatados y el estudio realizado en la primera cuestión planteada, no parece que ninguno de los tres casos analizados encajen dentro de estas excepciones.

²⁶ RAMOS QUINTANA, N. I.: *El deber de paz laboral*, Civitas, Madrid, 1993, p.21.

²⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, *op.cit.*, p. 491.

Como última nota sobre la conciliación, resulta muy relevante para el caso que nos ocupa lo recogido por el artículo 65 de la LRSJ, que dispone que la presentación de la solicitud de conciliación suspende o paraliza los plazos de caducidad e interrumpe los de prescripción, y establece además que el cómputo de caducidad se reactivará o se reanudará “al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado”. Será, como se verá a continuación, muy importante a efectos de caducidad de la acción contra el despido o resolución del contrato.

Una vez descrita y mencionada la figura de la conciliación, se centrará el foco de análisis sobre las posibles acciones legales que los trabajadores pueden llevar a cabo tras la comunicación de despido. Tal y como se concluyó en la cuestión anterior, los despidos de los trabajadores don Agustín Ramírez y don Sergio Gámez se incluyen dentro de la categoría de despido objetivo y el despido de la trabajadora doña Carmen Fernández encaja en la modalidad de despido disciplinario.

En lo que a la impugnación del despido se refiere, no existen grandes diferencias entre ambas modalidades de despido, si bien existen una serie de particularidades o especialidades que serán objeto de estudio más adelante. Los tres trabajadores podrán proceder a la impugnación del despido mediante la presentación de la correspondiente demanda de despido, proceso que se desarrollará y tendrá los requisitos y características que se estudiarán a continuación.

Centrando del foco de análisis en el despido disciplinario de doña Carmen, esta podrá, de acuerdo con los artículos 103.1 de la LRJS y 59.3 del ET, presentar la demanda contra el despido dentro de los veinte días hábiles siguientes al momento de producción del mismo. A estos efectos no se computarán como tales los sábados, domingos ni aquellos festivos en la sede del órgano jurisdiccional correspondiente, tal y como estipula el mencionado artículo 103 LRJS.

Como se expuso anteriormente, el plazo de caducidad se suspende con la presentación de la solicitud de conciliación o de mediación, y se reanuda “el día siguiente de intentada la conciliación o mediación” o transcurridos quince días hábiles desde la presentación de la misma sin que se haya celebrado (artículo 65.1 de la LRJS). Asimismo, el artículo 65.2 de la LRJS establece que “en todo caso, transcurridos treinta días, computados en la forma indicada en el número anterior, sin haberse celebrado el acto de conciliación o sin haberse iniciado mediación o alcanzado acuerdo en la misma se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite”.

La caducidad en el proceso de impugnación del despido cobra una importancia vital, ya que si el trabajador, en este caso doña Carmen, dejase pasar (no interponiendo las acciones oportunas) los 20 días hábiles que establecen los mencionados artículos 103.1 LRJS y 59.3 ET, el resultado será la consolidación del acto del empresario. El despido o acción extintiva cobrará entonces plena validez y eficacia²⁸.

Con respecto a los requisitos que debe de cumplimentar la demanda, esta habrá de cumplir los requisitos generales recogidos en el artículo 80 de la LRJS y también los requisitos especiales del artículo 104 de la LRJS²⁹. Dentro del primer grupo de ellos podemos destacar aquellos comunes a toda demanda, como la designación del órgano ante quien se presenta o la enumeración “clara y concreta” de los hechos sobre los que trata la pretensión. Es oportuno destacar que no se pueden alegar hechos distintos de los expuestos en la conciliación.

Los requisitos especiales que exige el artículo 104 de la LRJS son, entre otros, la antigüedad (concretándose los plazos y los tiempos en los que hayan sido prestados los servicios), la fecha de antigüedad del despido y la hipotética afiliación del trabajador a un sindicato o la posibilidad de que el mismo haya ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.

Una vez que se ha presentado en tiempo y forma la demanda en el Juzgado de lo Social correspondiente, esto es, cumpliendo esta con los requisitos mencionados y encontrándose dentro del plazo legal, da comienzo un proceso en el cual el empresario tiene que demostrar; por una parte, que ha seguido el procedimiento legalmente establecido para despedir y, por otra parte, que ha fundamentado su decisión extintiva en un incumplimiento de las obligaciones que corresponden al trabajador, recogidas en el artículo 54.2 del ET. El empresario ha de probar la veracidad de los hechos recogidos en la carta de despido, y no puede incluir otros distintos que los contenidos en la misma³⁰.

²⁸ MOYA CASTILLA, J. M.: *Relaciones laborales, op.cit.*, p.794.

²⁹ NOGUEIRA GUSTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G.: *Lecciones de jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 439.

³⁰ MOYA CASTILLA, J.M.: *Relaciones Laborales, op.cit.*, p.797.

El artículo 108 de la LRJS establece las posibles calificaciones que puede recibir la decisión extintiva en la sentencia. El despido será calificado como procedente cuando “quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación”. Si esto no sucediese de este modo, o el despido no estuviese revestido de las formalidades requeridas en el artículo 55.1 del ET, el mismo será declarado como improcedente. Por último, el despido será declarado como nulo cuando “tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.

El proceso de impugnación del despido de los trabajadores don Sergio Gámez y don Agustín Ramírez así como el abanico de acciones legales que pueden llevar a cabo los mismos son, tal y como se analizó anteriormente, muy similares a las de la trabajadora doña Carmen, si bien al tratarse estos dos de modalidades extintivas por causas objetivas existen una serie de peculiaridades que conviene analizar.

El artículo 120 de la LRJS dispone:

“Los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustarán a las normas contenidas en el Capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones sin perjuicio de las especialidades que se enuncian en los artículos siguientes”.

Por tanto, dichos procesos seguirán las normas y disposiciones establecidas por la LRJS para el resto de despidos, con las especialidades recogidas en los artículos 121 a 123 de esta ley. Entre ellas podemos destacar que, de acuerdo con la obligación de preaviso por parte del empresario en este tipo de despidos (artículo 53.1 c) del ET), el trabajador puede ejercer la acción de impugnación en el momento de recepción de dicho preaviso, anticipando de este modo la misma. Asimismo, es oportuno destacar que la percepción por parte del trabajador de la indemnización puesta a su disposición por parte del empresario o el empleo del preaviso recientemente mencionado no implica su renuncia al posible ejercicio de la acción de impugnación, y tampoco suponen la conformidad por parte del trabajador con la decisión extintiva³¹.

Del mismo modo que sucede en el despido disciplinario y de acuerdo con lo que se analizó en la primera cuestión, existen principalmente tres posibles resultados para la acción de impugnación y así los recoge el artículo 122 de la LRJS. El despido será calificado como procedente “cuando el

³¹NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: *Lecciones de jurisdicción social*, *op.cit.*, p.459.

empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita”. En caso contrario, el mismo será calificado como improcedente.

Por último, la decisión extintiva será calificada como nula principalmente cuando “resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. Asimismo, serán nulos aquellos despidos “cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Por último, serán nulas también las decisiones extintivas en los supuestos comprendidos en los artículos 122.2 c), 122.2 d) y 122.2 e), relativos a bajas por maternidad y paternidad, embarazos, adopción y acogimiento.

Es decir, a los tres trabajadores se les presenta, en primer lugar, la posibilidad de llegar a un acuerdo con la empresa en el mencionado acto de conciliación o bien, en segundo lugar, ejercitar la acción de impugnación del despido en el Juzgado de lo Social correspondiente, en el plazo y con las condiciones que se han descrito en esta cuestión.

VI. Cuestión tercera: el derecho a la indemnización

A modo introductorio y de acuerdo con la legislación laboral vigente, se estima oportuno definir con carácter previo los conceptos de indemnización, salarios de tramitación y finiquito, para un mejor desarrollo de la respuesta a la cuestión que aquí se plantea. Posteriormente, se estudiará la posibilidad que tienen los trabajadores de ser indemnizados y las condiciones de dicha indemnización.

En primer lugar, el llamado “finiquito” hace referencia al documento que recoge el artículo 49.2 del ET, estableciendo que “el empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas”. Asimismo, recoge la posibilidad de que en el momento de la firma del documento el trabajador pueda solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores.

El concepto de finiquito ha evolucionado en los últimos años y ha sido objeto de controversia en los tribunales y de división en la doctrina³². Sin embargo, en el año 2014 el Tribunal Supremo se pronunció de forma muy aclaratoria sobre este asunto a través de la STS de 3 de diciembre de 2014, (rec. núm. 2253/2013), en la cual se atendió fundamentalmente a una cuestión básica: determinar la validez del finiquito como plasmación de la terminación consentida del contrato de trabajo. El alto tribunal realizó; en primer lugar, un análisis del recorrido legal de la figura del finiquito en las últimas décadas, estableciendo lo siguiente:

“Tradicionalmente el finiquito era el modo por el que quedaba formalizada la finalización de la relación laboral, por mutuo acuerdo. Más adelante también se incluyó en esta figura la extinción del contrato debida a baja voluntaria del trabajador o a dimisión expresamente aceptada por el empresario. Actualmente el término se ha ampliado comprendiendo cualquier forma de extinción de la relación laboral que va seguida de un acuerdo entre empresario y trabajador. Es frecuente encontrar situaciones en las que, tras un despido disciplinario, empresario y trabajador llegan a un acuerdo y lo reflejan en el pertinente finiquito, entendiéndose por la jurisprudencia que a la inicial

³²KAHALE CARRILLO, D. T.: “Criterios jurisprudenciales sobre el finiquito: vicios en el consentimiento del trabajador discapacitado”, en *Revista de Información Laboral*, núm.2, año 2014, Lex Nova, Valladolid, p.3.

voluntad extintiva del empresario se superpone el mutuo acuerdo entre empresario y trabajador y es éste el que pone fin al contrato”

En lo que se refiere a la cuestión planteada, se estableció que para que el mismo tenga un efecto extintivo del contrato, es necesario que del mismo pueda de algún modo dimanar una “voluntad clara e inequívoca” por parte del trabajador de finalizar o concluir la relación laboral, ya que “para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario”.

Otro concepto a tener en cuenta en el caso que nos ocupa es el de los llamados salarios de tramitación. Tras la reforma laboral de 2012 (Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), la figura de los salarios de tramitación se ha visto notablemente mermada, hasta el punto de llegar a tener a día de hoy un carácter residual o casi testimonial.

Podemos definirlos como aquellos salarios que el trabajador deja de recibir desde que es despedido hasta el momento en el que, tras un tiempo, la eventual sentencia califica el despido como improcedente o nulo, y la empresa procede a la readmisión del trabajador. Tras la reforma anteriormente mencionada, se han reducido a tres las situaciones que originan derecho a recibirlos: aquellas situaciones en las cuales el despido se declara como improcedente y la empresa opta por la readmisión del trabajador, aquellas en las que el mismo es declarado nulo, y, por último, aquellos casos en los que se declara improcedente y el trabajador ostenta la condición de representante legal de los trabajadores³³.

Por último, y centrando el foco de análisis de modo más directo en el caso que nos ocupa, estudiaremos el derecho a indemnización por parte de los trabajadores. Del mismo modo que en la cuestión anterior, trataremos por un lado el despido disciplinario de la trabajadora doña Carmen y, por otro lado, el despido objetivo de los otros dos trabajadores.

³³GARCÍA MÍGUELES, M^a. P.: “Controvertida interpretación de los Tribunales sobre el reconocimiento o no de los salarios de tramitación por despidos improcedentes producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, año 2012, Aranzadi, Madrid, p.1.

En la cuestión primera se consideró oportuno calificar como improcedente el despido de la trabajadora doña Carmen Fernández. Si, tras la eventual interposición de la demanda de despido, la sentencia así lo estima, el empresario podrá; a su elección, optar entre o bien readmitir al trabajador (abonando los correspondientes salarios de tramitación a los que se hizo referencia anteriormente) o bien indemnizarlo, abonando “una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”, tal y como establecen los artículo 56.1 del ET y 110.1 de la LRJS³⁴.

Si el empresario opta por la indemnización, se considerará como extinguido el contrato de trabajo, y dicha extinción “se entenderá como producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

Esta opción deberá ser ejercitada o bien por escrito o bien existe la posibilidad de que se lleve a cabo mediante comparecencia ante la Oficina del Juzgado de lo Social, en el plazo de cinco días, a contar desde que se haya producido la notificación de la sentencia. Si, pasado el plazo legalmente previsto, el titular de la opción no se hubiese pronunciado en un sentido u otro, se entenderá; de acuerdo con el artículo 56.3 del ET, que procede la indemnización.³⁵

Se ha estimado conveniente calificar como improcedente el despido objetivo del trabajador don Agustín Ramírez y como procedente el despido objetivo del trabajador don Sergio Gámez. En lo que a efectos de la sentencia se refiere, no existen grandes diferencias entre el despido objetivo con los propios del despido disciplinario, si bien el artículo 123 LRJS recoge una serie de particularidades propias del despido objetivo.

En caso de ser declarado el despido de don Sergio Gámez procedente, se confirmaría la extinción contractual, teniendo el trabajador despedido derecho a retener la indemnización que ha sido puesta a su disposición por el empresario en el momento de notificarle el despido. Asimismo, tendrá derecho a percibir la diferencia que eventualmente pueda existir entre la cantidad anterior y la que finalmente proceda, sumando además la cuantía de los salarios de tramitación referentes al período de preaviso, cuando éste no se hubiese cumplido (artículo 123.1 LRJS).

Por último, en caso de ser declarado improcedente el despido de don Agustín Ramírez, el artículo 123.2 de la LRJS establece que “se condenará al empresario en los términos previstos para el

³⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo, op.cit.*, p.484.

³⁵ NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: *Lecciones de jurisdicción Social, op.cit.*, p.444.

despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso”. Tendrá pues el empresario dos opciones: o bien readmitir al trabajador (que deberá reintegrar la indemnización hecha efectiva por parte del empresario) o bien confirmar la decisión extintiva, procediendo a indemnizar al trabajador en la cuantía que correspondería en caso de despido disciplinario improcedente³⁶. Asimismo, los salarios de tramitación no se podrán deducir de los correspondientes al período de preaviso.

Recapitulando, la posibilidad de los trabajadores de ser indemnizados dependerá, en este caso, de la calificación que reciba el despido en la sentencia. Si efectivamente los despidos son calificados del mismo modo que se calificó en este trabajo (los despidos de doña Carmen y don Agustín como improcedentes y el despido de don Sergio como procedente), los dos primeros trabajadores pueden llegar a ser indemnizados. No obstante, la posibilidad de indemnización dependerá de la decisión del empresario, que tendrá la opción de o bien indemnizarlos en los términos detallados en esta cuestión, o bien readmitirlos en las condiciones laborales que tenían antes de llevarse a cabo el despido.

³⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo, op.cit.*, p.492.

VII. Cuestión cuarta: posibilidad de readmisión

La readmisión, o posibilidad de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, es una de las opciones que la legislación laboral establece tras la calificación del despido en la eventual sentencia, una vez ejercida por el trabajador la acción de impugnación del despido.

Tal y como se ha venido indicando en las cuestiones anteriores, se ha considerado oportuno calificar los dos primeros despidos como improcedentes y el último como procedente. De acuerdo con lo establecido en la primera cuestión, la decisión extintiva de doña Carmen encaja en la figura del despido disciplinario mientras que los despidos de don Agustín y don Sergio lo hacen en la figura del despido objetivo.

En primer lugar; y de acuerdo con lo establecido anteriormente, el despido disciplinario de la trabajadora doña Carmen ha sido calificado en la cuestión primera como improcedente. Si la decisión extintiva resulta efectivamente declarada judicialmente como improcedente, el empresario (o el trabajador en algunos supuestos recogidos en los artículos 56.4 del ET y 30.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales) tendrá la posibilidad de optar entre la readmisión del trabajador despedido (que se reincorporaría bajo las mismas condiciones de las que gozaba con anterioridad al despido) o bien podrá optar por indemnizar al trabajador en los términos que se estipularon en la cuestión anterior.

En este caso, la trabajadora no reúne ninguno de los requisitos exigidos en los supuestos recogidos en los artículos mencionados según los cuales corresponde al trabajador la opción entre recibir la indemnización o reincorporarse a la empresa. Estos supuestos son, principalmente, que el trabajador sea o bien representante legal de los trabajadores o bien delegado sindical (artículo 56.4 del ET) o, por último, un trabajador designado para realizar las tareas propias de la prevención de riesgos laborales (artículo 30.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales). Por lo tanto, la posibilidad de que la trabajadora sea readmitida dependería de la decisión del empresario.

Por otra parte, la decisión extintiva del trabajador don Agustín ha sido en las cuestiones anteriores calificada como improcedente, siendo además un despido objetivo. Si la sentencia así lo considera, la condena se llevará a cabo en los mismos términos que el despido disciplinario, sin que, como se trató anteriormente, los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al

periodo de preaviso³⁷. Asimismo, si se optase por la readmisión del trabajador, este habrá de reintegrar la indemnización que en su momento recibió, una vez que cobre firmeza la sentencia.

En último lugar, se ha estimado oportuno calificar el despido de don Sergio como procedente. Si, del mismo modo que en el caso de los otros dos trabajadores, la sentencia así lo estima, se confirmaría la extinción del contrato, debiendo el empresario “satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del periodo de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido”, tal y como se recoge en el artículo 123.1 de la LRJS.

Por lo tanto, nos encontramos con tres supuestos diferentes en los cuales cabrá la posibilidad de readmisión en casos de doña Carmen y don Agustín. La titularidad de la opción corresponde en este caso al empresario (al no encontrarnos ante ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 56.4 del ET y el artículo 30.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales), que además debe elegir entre readmitir al trabajador o indemnizarlo. En el caso de don Sergio Gámez no habrá posibilidad de readmisión, al haber quedado confirmada la decisión extintiva (si la sentencia así lo estima).

Para finalizar, cabe destacar que contra la sentencia posterior a la acción de impugnación del despido cabe la imposición de recurso de suplicación ante el TSJ correspondiente, y así lo establece el artículo 191.3 de la LRJS, debiendo este anunciarse “dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia”.

³⁷ NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: *Lecciones de jurisdicción social*, op.cit., p.444.

VIII. Conclusiones

Tras el análisis de la legislación laboral vigente y la jurisprudencia relevante para el caso que nos ocupa se ha concluido que, en primer lugar, el despido de doña Carmen merece la calificación de improcedente, por no haber quedado suficientemente acreditada la causa alegada por el empresario en la comunicación de despido. En cuanto a la posibilidad de que el mismo pueda ser nulo, al vulnerar este derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna. Asimismo, se ha considerado que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TS y pese a la incertidumbre generada por el reciente posicionamiento del TJUE, no se produce tal vulneración, principalmente porque no se prevé que la situación incapacidad de la trabajadora pueda prolongarse de modo indefinido. De este modo, no será posible realizar la equiparación entre enfermedad y discapacidad oportuna para apreciar la nulidad del despido.

En segundo lugar, se ha considerado que el despido de don Agustín también merece la calificación de improcedencia. Las ausencias que se cuantificaban para activar la modalidad de despido objetivo por absentismo incluían una serie de ausencias que por su carácter (tratamiento de cáncer) el propio ET excluye del cómputo y como consecuencia no se llega a alcanzar el número de ausencias requerido por el artículo 52 d) del ET.

Sin embargo, el despido de don Sergio sí ha sido calificado como procedente, al entenderse que ha quedado acreditada y justificada la causa alegada por el empresario. Se plantea una cierta problemática al formar parte el trabajador de una sección sindical en la empresa, pero se descarta la nulidad del despido por discriminación así como la improcedencia del mismo por una hipotética inobservancia de los requisitos formales que ha de cumplir el despido de este tipo de trabajadores establecidos por la ley, al haber sido despedido el trabajador con anterioridad a formar parte de la mencionada sección.

Una vez calificados las decisiones extintivas, se han analizado las posibles acciones de impugnación que pueden ejercer los trabajadores despedidos, así como la celebración de un acto de conciliación previo. La demanda de despido puede ejercerse ante el Juzgado de lo Social correspondiente en los plazos fijados concretados en la cuestión segunda, y los efectos de la misma (tanto la indemnización como la readmisión) dependen de la calificación de la decisión extintiva que establezca la sentencia. Si bien principalmente se han tratado las cuestiones de fondo que afectan a la calificación del despido, es oportuno destacar (tal y como se hizo en el apartado cuarto de la cuestión

primera) que existen unos requisitos de forma que el despido habrá de cumplir, y que indudablemente afectarán a la procedencia del mismo.

IX. Fuentes

a. Legislación

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social de 2015.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

b. Jurisprudencia

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- STS de 29 de enero de 2001 (rec. núm. 1566/2000).
- STS de 5 de octubre de 2005 (rec. núm. 3648/2004).
- STS de 26 de julio de 2005 (rec. núm. 3406/2004).
- STS de 18 de diciembre de 2007 (rec. núm. 4194/2006).
- STS de 31 de enero de 2008 (rec. núm. 284/2007).
- STS de 21 de mayo de 2008 (rec. núm. 528/2007).
- STS de 27 de enero de 2009 (rec. núm. 602/2008).
- STS de 12 de julio de 2012 (rec. núm. 2789/2011).
- STS de 3 de diciembre de 2014 (rec. núm. 2253/2013).
- STS de 3 de mayo de 2016 (rec. núm. 3348/2014).

Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ de Madrid 475/2000, de 20 de junio.
- STSJ de Asturias 259/2001, de 26 de enero.
- STSJ de Cataluña 5031/2001, de 11 de julio.
- STSJ de Murcia 878/2001, de 21 de junio.
- STSJ de Navarra 244/2004, de 20 de julio.
- STSJ de Navarra 59/2011, de 23 de febrero.
- STSJ de Galicia 4324/2012, de 17 de julio.
- STSJ de Cataluña 3072/2013, de 30 de abril.
- STSJ de Cataluña 1267/2014, de 19 de febrero.
- STSJ de Castilla y León 1095/2014, de 13 de noviembre.
- STSJ de Andalucía 1641/2014, de 13 de noviembre.
- STSJ de Madrid 494/2015, de 26 de mayo.
- STSJ de Castilla y la Mancha 963/2016, de 7 de julio.
- STSJ de Cataluña 3767/2017, de 12 de junio.

Jurisprudencia de Juzgados de lo Social:

- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona 472/2016, de 23 de diciembre

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

- STC 81/1992, de 28 de mayo.
- STC 62/2008, de 26 de mayo.

X. Bibliografía

a) Libros

- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016.
- AGUSTÍ MARAGAL, J. y otros: *Memento práctico 2018-2019: Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador, ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2014.
- ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C: *La incapacidad para trabajar*, La Ley, Madrid, 2014.
- MOYA CASTILLA, J. M.: *Relaciones laborales*, Wolters Kluwer, Valencia, 2014.
- RAMOS QUINTANA, N. I.: *El deber de paz laboral*, Civitas, Madrid, 1993.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G.: *Lecciones de jurisdicción social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

b) Revistas

- GINÈS I FABRELLAS, A.: “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 18, año 2010, Aranzadi, Madrid.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.; “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 11, año 2017, Aranzadi, Madrid.
- CORDERO GORDILLO, V.: “El concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE” en *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm.16, año 2006, Aranzadi, Madrid.

- DESDENTADO DAROCA, E.: “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi”, en *Revista de Información Laboral*, núm.3, año 2017, Aranzadi, Madrid.
- 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*, núm.5, año 2017, Aranzadi, Madrid.
- SALCEDO BELTRÁN, M.: “Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm.7, año 2013, Aranzadi, Madrid.
- ASQUERINO LAMPARERO, M.: “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 11, año 2006, Aranzadi, Madrid.
- GALÁN CANO, Y.: “La forma del despido disciplinario: discusión en torno a la exigencia de requisitos adicionales a los establecidos en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 20, año 2001, Aranzadi, Madrid.
- KAHALE CARRILLO, D. T.: “Criterios jurisprudenciales sobre el finiquito: vicios en el consentimiento del trabajador discapacitado”, en *Revista de Información Laboral*, núm.2, año 2014, Lex Nova, Valladolid.
- GARCÍA MÍGUELES, M. P.: “Controvertida interpretación de los Tribunales sobre el reconocimiento o no de los salarios de tramitación por despidos improcedentes producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, año 2012, Aranzadi, Madrid.