



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de  
fin de grado

**Despido laboral por  
absentismo**

Autora: Marta González Díaz

Tutor/a: Santiago A. Roura Gómez

**Simultaneidad de Grado en Derecho y ADE**

Año 2018

## ABREVIATURAS

Art. Artículo

CC Código Civil

CE Constitución Española

D. Don

D<sup>a</sup> Doña

ET Estatuto Trabajadores (salvo indicación contraria, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)

IT Incapacidad Temporal

LGSS Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LJS Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

LOLS Ley Orgánica de Libertad Sindical

Núm. (núms.)- Número (s)

P. (PP.)- Página (s)

S Sentencia

SJS Sentencia Juzgado de lo Social

STC Sentencia Tribunal Constitucional

STS (SSTS) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (de la Comunidad Autónoma que se indique)

STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TC Tribunal Constitucional

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE Tribunal Justicia Unión Europea

TS Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

UE Unión Europea

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

# ÍNDICE

0. Introducción.....	6
1. Calificación jurídica.....	7
1.1. Aclaraciones previas.....	7
1.2. Doña Carmen.....	9
a. Requisitos sustantivos	
b. Requisitos formales	
c. Calificación jurídica	
1.3. Don Agustín.....	20
a. Requisitos sustantivos	
b. Requisitos formales	
c. Calificación jurídica	
1.4. Don Sergio.....	26
a. Implicaciones de la incapacidad permanente y la afiliación a sindicatos	
b. Requisitos de forma	
c. Calificación jurídica	
2. Acciones legales.....	32
2.1. Doña Carmen	
2.2. Don Agustín	
2.3. Don Sergio	
3. Indemnizaciones.....	34
3.1. Doña Carmen	
3.2. Don Agustín	
3.3. Don Sergio	
4. Reincorporación al puesto de trabajo.....	35
5. Conclusiones finales.....	36
6. Bibliografía.....	37
7. Anexo jurisprudencial y legislativo.....	38

# INTRODUCCIÓN

La extinción del contrato de trabajo supone la finalización definitiva de las obligaciones que se hayan acordado entre empresario y empleado.

El despido es un negocio jurídico unilateral, constitutivo y recepticio. Se trata de una manifestación de la voluntad del empresario de poner fin a la relación contractual. Produce efectos por sí mismo y desde el momento en que se pone en conocimiento del trabajador; con independencia de que posteriormente pueda ser impugnado o que se acuerde que el efecto se produzca en un momento posterior en el tiempo.

El despido derivado de la voluntad del empresario puede deberse a diferentes causas:

- Faltas cometidas por el trabajador, dando lugar a un despido disciplinario.
- Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o de fuerza mayor. Según el número de empleados afectado será considerado como despido colectivo o despido individual objetivo.
- Causas objetivas derivadas de la ineptitud del trabajador sobrevenida, falta de adaptación a las modificaciones técnicas, faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero intermitentes y otros supuestos regulados en el artículo 52 Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup>.

El presente caso plantea la extinción del contrato laboral de tres individuos que forman parte de la misma empresa.

Todos ellos son despedidos en el mes de mayo de 2017 por diferentes motivos que, en el fondo, tienen dos caracteres en común: los elevados índices de absentismo y la enfermedad.

A pesar de que son varios los trabajadores despedidos, no cabe considerarlo como un despido colectivo pues este, regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores *ha de fundarse en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción* cuando en un período de noventa días la extinción afecte a un mínimo de trabajadores determinado en función del tamaño de la empresa pero que, en todo caso, sea al menos de diez.

Dado que en el presente caso de estudio únicamente se despide a tres personas y cada uno tiene sus particularidades, no cabrá hacer un análisis conjunto del caso y deberemos analizar cada caso de forma individual.

---

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En adelante, ET.

# 1. CALIFICACIÓN JURÍDICA

## 1.1. ACLARACIONES PREVIAS

Las causas extintivas de la relación contractual pueden ser clasificadas en tres grupos distintos según la intervención de la voluntad de las partes. En el primer grupo encontraríamos las causas en las que la extinción es provocada por la voluntad de una de las partes; el segundo por la voluntad de ambas partes y, por último, el formado por causas ajenas a la voluntad de las partes.<sup>2</sup>

Dentro del primer grupo encontramos la finalización del contrato de trabajo por voluntad del empresario que puede clasificarse en despido disciplinario y despido objetivo o extinción del contrato por causas objetivas.

Cada uno de ellos exige una serie de requisitos sustantivos y de forma, cuyo cumplimiento o no, determinará la calificación jurídica del despido: procedente, improcedente o nulo.

A continuación, explicaremos brevemente cada figura, de forma que la comprensión de las mismas nos ayude a la posterior resolución de los casos.

### *Despido disciplinario*

El despido disciplinario es aquel en la que la extinción del contrato de trabajo se basa en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.<sup>3</sup>

La decisión del despido extingue el contrato, pero el trabajador podrá impugnarlo desde el día siguiente en que se hubiera producido. El ejercicio de esta acción, dará lugar a la calificación jurídica del despido y, en consecuencia, la determinación de sus efectos.

La declaración de **procedencia** corresponde cuando se acredita la causa alegada para el despido y cuando se cumplen con todos los requisitos de forma. El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.<sup>4</sup>

La declaración de **improcedencia** corresponde tanto cuando no queda acreditada la causa alegada para el despido como cuando, siendo acreditada, esta no reviste de la gravedad suficiente. En este último caso, el empresario podría optar por imponer una sanción menor.<sup>5</sup> También se considerará improcedente cuando la forma no se ajuste a lo exigido por Ley.

---

<sup>2</sup> 49 ET

<sup>3</sup> El despido disciplinario se encuentra regulado en el Estatuto de los Trabajadores. Artículos 54 a 57. En el plano procesal, en los artículos 103 y siguientes LJS

<sup>4</sup> Art. 55.4 y 55.7 ET

<sup>5</sup> 108.1 LJS

La declaración de **nulidad** corresponde a los casos previstos por el artículo 55.5 ET y el 108.2 LJS<sup>6</sup>. La regla general es que el despido será nulo cuando 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 trabajador”. Además, el artículo 55.5 ET recoge otros cinco supuestos en los que corresponde la declaración de nulidad del despido, son los siguientes:

- 1- El de las trabajadoras embarazadas realizado en el periodo que transcurre entre el inicio del embarazo y el comienzo de la baja por maternidad.
- 2- El de trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural.
- 3- El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de adopción, acogimiento o nacimiento del hijo.
- 4- Cuando afecte a víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o suspensión de la relación laboral.
- 5- Cuando afecte a trabajadores en situación de excedencia del artículo 46.3 ET o que se encuentren disfrutando de los permisos del artículo 37.4 y 5 ET.<sup>7</sup>

En el caso de nulidad, el empresario deberá readmitir inmediatamente al trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir.<sup>8</sup>

#### *Despido por causas objetivas*

Se trata de una modalidad de extinción del contrato por voluntad del empresario que puede estar basado tanto en la incompatibilidad del trabajador con el puesto de trabajo como en la necesidad de amortizar puestos de trabajo por razones técnicas, económicas o de organización.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>7</sup> 37.4 y 5 ET: En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

En el caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 7.

<sup>8</sup> 55.6 ET

<sup>9</sup> Los motivos del despido por causas objetivas se recogen en el 52 ET



Al igual que en el despido disciplinario, una vez impugnado el despido por parte del trabajador, este podrá calificarse como procedente, improcedente o nulo.

La extinción por causas objetivas será **procedente**<sup>10</sup> cuando el empresario ha cumplido los requisitos formales y acreditado la causa de extinción que se le atribuye al trabajador. La relación laboral se extingue y el trabajador tendrá derecho a la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades<sup>11</sup>. Esta indemnización se consolida de haberla recibido y el trabajador se entenderá en situación de desempleo a él no imputable.

El despido objetivo será **improcedente**<sup>12</sup> en los mismos supuestos que el despido disciplinario: cuando no se acredita la causa alegada en la comunicación extintiva o cuando no se cumplen con los requisitos de forma.

El despido objetivo será **nulo**<sup>13</sup> por las mismas causas previstas para el despido disciplinario y cuando se realice en fraude de ley.

## 1.2. DOÑA CARMEN

### a. Requisitos sustantivos

D<sup>a</sup> Carmen viene prestando servicios para CONTRATOPHONE S.A. como vendedora de servicios de telefonía durante la campaña denominada “Primavera Fantástica”. Con fecha 23 de abril de 2017, uno de sus superiores inmediatos la felicita, junto al resto del equipo, por el éxito de la campaña gracias a su buen desempeño.

El 2 de mayo de 2017, Carmen sufre un accidente de tráfico, iniciando, ese mismo día, una baja médica por incapacidad temporal que finaliza el 26 de mayo.

El 22 de mayo de 2017, estando en IT, recibió una comunicación escrita de despido justificada *“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 campaña e inferior también a la venta de 20 productos, número previsto para la compañía”*.

La bajada voluntaria y continuada en el rendimiento se ubica dentro de las causas específicas de despido disciplinario recogidas en el artículo 54.2 ET.

El despido disciplinario se fundamenta en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Esta figura obedece a la satisfacción de intereses particulares del empleador frente a un incumplimiento del trabajador de entidad suficiente como para motivar el despido.

Existen varios factores que nos ayudan a analizar si el incumplimiento del trabajador es causa suficiente de despido disciplinario.

---

<sup>10</sup> 53.4 ET, 122.1 y 123 LJS

<sup>11</sup> 53.1.b) ET

<sup>12</sup> 53.4 ET, 122.3 y 123 LJS

<sup>13</sup> 53.4 ET

El primer factor es la **tolerancia empresarial previa**. Cuando se produce un incumplimiento por parte de un trabajador, no se da automáticamente la extinción de su contrato. Será el empresario quien decida imponer la sanción o no. En ocasiones, en lugar de despedir al empleado se opta por tolerar su conducta o imponer sanciones menos graves. De ser así, el empresario no podría sancionar con el despido una conducta que hasta ese momento venía siendo aceptada, pues vulneraría el principio de buena fe que rige las relaciones laborales de manera bidireccional. Es por ello que, aquel despido que sancione por primera vez y sin advertencia previa la conducta de un trabajador que era conocida por la empresa y se había llevado a cabo durante un largo periodo de tiempo sin ser sancionada, será improcedente.<sup>14</sup>

El segundo factor hace referencia al **incumplimiento grave y culpable**. Para justificarse el despido el incumplimiento ha de cumplir con estas condiciones acumulativamente. Es la gravedad quien marca la diferencia entre el despido y la facultad de imponer sanciones sin finalizar la relación laboral. Las conductas no solo deben ser imputables al trabajador, sino que a su vez deben obedecer a su voluntad, es decir, deben ser realizadas mediante conductas dolosas o negligentes. Cuando el incumplimiento no sea culpable, la extinción no podrá ser llevada a cabo por vía del despido disciplinario, pero podrá ser sometida al despido objetivo.

Para que la disminución continuada o voluntaria en el rendimiento como causa de despido sea válida, la jurisprudencia viene exigiendo voluntariedad, intencionalidad, reiteración y continuidad. La constatación de la disminución del rendimiento ha de hacerse a través de un elemento de comparación en condiciones homogéneas que podría ser tanto un nivel de productividad previamente delimitado por las partes o aquella prestación de trabajo que sea considerada diligente conforme al artículo 20.2 ET<sup>15</sup>. De forma que el rendimiento del trabajador pueda contrastarse con el rendimiento del mismo en otro momento comparable, o de otros compañeros de trabajo. Nos encontramos por tanto ante dos criterios; un criterio objetivo donde el rendimiento del trabajador se compara con el de otros trabajadores, y un criterio subjetivo, donde se compara con el rendimiento obtenido por el mismo trabajador en un momento anterior en el tiempo. Para que esta comparación sea válida, ha de cuantificarse el ritmo normal o pactado de trabajo, que será el que sirva de referencia como elemento comparativo.

La sentencia 215/2014 de 19 diciembre, del TSJ de Galicia<sup>16</sup> recoge los requisitos que han de concurrir para darse la causa que justifique el despido disciplinario, y son los siguientes:

- 1- **Disminución del rendimiento normal o pactado** que implica, aparte de la gravedad del incumplimiento y su continuidad, que su realidad pueda apreciarse a través de un elemento de comparación que opere dentro de condiciones homogéneas, bien respecto a un rendimiento pactado, o en función de aquel que se considere como cumplimiento diligente. La determinación del mismo ha de remitirse a parámetros que puedan

---

<sup>14</sup> AGUSTÍ MARAGAL, J. Y OTROS: *Despido 2015-2016: otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015. P. 20.

<sup>15</sup> 20.2 ET: En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

<sup>16</sup> Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia número 215/2014 de 19 de diciembre. (AS/2014/276)

vincularse al rendimiento del trabajador o de otros compañeros de trabajo, siempre que se cumpla la relación de homogeneidad. Reiterada jurisprudencia ha incidido en este aspecto, como por ejemplo la STS 17 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3916) según la cual *“La concurrencia de disminución voluntaria de rendimiento del trabajador como causa de despido exige, entre otros requisitos, como señala jurisprudencia reiterada, una operación de comparación o contraste del rendimiento del trabajador que motiva el despido con el de otros trabajadores en semejante posición en la empresa, o con el del propio trabajador en otros momentos de la prestación de servicios.”*

2- **Incumplimiento continuo**, no bastando disminuciones esporádicas o aisladas. Como sentencia de referencia tenemos la STS de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990, 913) en la cual la empresa alega como causa del despido una disminución voluntaria y continuada del rendimiento de los trabajadores entre el 17 y 27 de marzo de 1987. Esta bajada en el rendimiento obedece al hecho de que se debían de ocupar de la fabricación de un modelo nuevo de producto. El Tribunal Supremo resuelve de la siguiente manera: *“Dados los hechos declarados probados, que han incurrido en una falta de rendimiento, que por su importancia no se excusa plenamente por el hecho de tratarse de la fabricación de un modelo nuevo (...), sin acreditarse causa alguna que motive razonablemente la baja producción alcanzada, no concurre la nota de continuidad, pues se produce ocasionalmente sólo en ese nuevo trabajo en un único período de diez días, sin mediar en ellos advertencia para alcanzar rendimientos normales y por trabajadores que llevan más de diez años al servicio de la empresa respecto de los que no se acredita que hubieren incurrido nunca en conductas de esta clase en el período anterior al 17 de marzo, ni tampoco en los sesenta días en que permanecieron en la empresa desde el 27 del mismo mes, con lo que no cabe apreciar la concurrencia de gravedad del artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores en el requisito de continuidad para imponer la máxima sanción de despido, sin perjuicio de la facultad de la empresa de sancionar la falta con otra sanción de grado inferior”*. Por tanto, pese a que la bajada en el rendimiento sí se considera voluntaria y pueden ser sancionados por ello, el hecho de que haya sucedido de forma esporádica hace que no revista de la gravedad necesaria como para imponer la sanción máxima de despido disciplinario.

3- Que la **disminución del rendimiento sea voluntaria y culpable**, es decir, sea imputable al trabajador. Aquella situación en la que la disminución del rendimiento no se deba a una causa imputable al trabajador, sino al empresario o a circunstancias externas (falta de pedidos, crisis en el sector...) no dará lugar a una sanción al empleado.

La jurisprudencia ha indicado que, en casos en que sea difícil determinar de forma directa la voluntad del trabajador de disminuir su rendimiento debe entenderse que *a falta de factores externos que puedan justificar o explicar esa diferencia en la productividad cuya existencia el trabajador ha de acreditar, se presume la existencia de voluntad incumplidora*. Esto siempre y cuando exista un elemento de comparación en condiciones homogéneas.

Partiendo del relato fáctico vemos que la empresa realiza las siguientes alegaciones para justificar el despido:

- D<sup>a</sup> Carmen había sido avisada previamente de su bajada en el rendimiento, haciendo caso omiso de las advertencias.
- Su media de ventas en la campaña es de 13.6 productos al día, siendo esta media inferior a la de sus compañeros de campaña e inferior también a la venta de los 20 productos previstos para la campaña.

En primer lugar, analizaremos si puede apreciarse una disminución en el rendimiento normal o pactado de la afectada. Esta caída de productividad habrá de constatarse a través de un elemento de comparación en condiciones homogéneas. En el presente caso, la empresa elige realizar una doble comparación, por un lado, confronta la media de ventas de la empleada con la venta de productos previstos por la empresa, donde encontramos que ella vende una media de 13.6 productos, notablemente inferior a los 20 exigidos; y, por otra parte, realiza una comparación con la media de ventas de sus compañeros de trabajo, los cuales, encontrándose en situación idéntica a la empleada, venden más. A pesar de que la empresa ofrece un elemento de comparación, no se detalla el lapso del tiempo utilizado para calcularlo por lo que la información proporcionada resulta insuficiente para comprobar la veracidad de la misma.

El segundo requisito exigido por la jurisprudencia es que este incumplimiento debe ser continuo, no bastando disminuciones esporádicas o aisladas. A la hora de valorar esta situación, nos encontramos un problema, pues la empresa no especifica en la carta de despido desde cuando se produce esta caída en la productividad, si bien se dice que D<sup>a</sup> Carmen había sido avisada del mismo previamente. Aun así, esta afirmación resulta contradictoria a los hechos relatados en el caso, recordemos que el día 23 de abril, D<sup>a</sup> Carmen es felicitada- junto a sus compañeros de equipo- por el buen éxito de la campaña. Concretamente se les felicita del éxito de la campaña *gracias al buen desempeño del equipo*. La Real Academia Española, define equipo como “*grupo de personas organizado para una investigación o servicio determinados*”; por lo que en el éxito de la campaña D<sup>a</sup> Carmen ha tenido que participar de forma satisfactoria, al menos hasta el 23 de abril, pues de ser lo contrario, no hubiese sido felicitada con el resto de sus compañeros por su buen hacer.

La carta de despido es recibida el 22 de mayo, por tanto, necesariamente, la caída en el rendimiento ha debido darse entre el momento de la felicitación, 23 de abril, y la notificación de extinción del contrato laboral. Llegados a este punto, resulta imprescindible resaltar que D<sup>a</sup> Carmen sufre un accidente de tráfico el día 2 de mayo, siendo librado ese mismo día un comunicado de baja médica por incapacidad temporal. Por lo tanto, la caída del rendimiento alegada por la empresa ha de darse entre los días 23 de abril y 2 de mayo (9 días) o, la otra opción, es que dentro del cómputo de la media de ventas la empresa ha incluido aquellos días en los que la empleada no ha acudido a trabajar por encontrarse de baja.

Analicemos detalladamente ambos casos:

- La caída del rendimiento se da entre los días 23 de abril y 2 de mayo. En este caso, a pesar de que la empresa logre demostrar que la caída en el rendimiento resulta voluntaria y D<sup>a</sup> Carmen pueda ser sancionada por ello, falta el requisito de continuidad que le aporte la gravedad suficiente para que el despido resulte procedente. A estos efectos, tenemos STS de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990,

913), ya comentada anteriormente. Donde el Tribunal Supremo resuelve diciendo que una disminución en el rendimiento de 10 días carece de la continuidad necesaria para imponer la sanción máxima de despido disciplinario. A pesar de que con los datos ofrecidos en el caso no sabemos cuánto tiempo lleva D<sup>a</sup> Carmen en la empresa, no se acredita que la misma hubiese incurrido en este tipo de conductas en el periodo anterior al 23 de abril, pues ha sido felicitada por su buen hacer, con lo cual esta bajada en el rendimiento revestiría de un carácter esporádico no concurriendo entonces ambos comportamientos- continuidad y voluntariedad- exigidos en el artículo 54.1.e) ET.<sup>17</sup>

- La caída del rendimiento hace referencia al periodo comprendido desde el 23 de abril hasta el 22 de mayo, día que recibe la carta de despido. En este caso, D<sup>a</sup> Carmen está siendo despedida en situación de incapacidad temporal. Un trabajador se encuentra en situación de IT cuando, debido a una enfermedad o accidente, se encuentra impedido para prestar servicios. Este proceso comienza *ex lege* cuando el médico de la Seguridad Social expide el parte de baja.

La bajada en su rendimiento obedecería a que, durante el periodo de tiempo en el que se le recrimina un incumplimiento contractual, se encontraba inhabilitada legalmente para realizar su trabajo, debido a un accidente sufrido el 2 de mayo.

En este caso, la causa real del despido no puede ser una caída continuada y voluntaria en el rendimiento, puesto que Doña Carmen no podía trabajar, sino que es la falta de rentabilidad que la trabajadora aporta a la empresa en este período. Se trata de una situación en la que la prestación de la trabajadora no aporta al empleador el interés productivo necesario al objeto de su actividad empresarial, por eso procede a rescindir el contrato. Así, ya no podríamos hablar de un despido disciplinario, pues el mismo se caracteriza por el incumplimiento grave y culpable del trabajador. Esto no se da, pues es el accidente quien motiva la caída del rendimiento y no la propia voluntad de Doña Carmen.

Cabe acudir entonces a la figura del despido objetivo por ineptitud del trabajador sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.<sup>18</sup> La ineptitud del trabajador consiste en cualquier carencia que impida efectuar con suficiencia los deberes laborales asumidos a través de un contrato. Debe ser una ineptitud de entidad suficiente como para justificar la extinción del contrato. ¿Justifica, entonces, la enfermedad de Doña Carmen el despido? El hecho de que un trabajador esté en situación de incapacidad deriva una serie de costes para el empresario. Si bien la preocupación del empresario por las repercusiones que esto pueda tener en su beneficio es legítima, no lo es el acto de extinguir unilateralmente el contrato laboral basándose en dicha causa.<sup>19</sup> ¿Cuáles son entonces las consecuencias jurídicas de este despido? A esta cuestión, dada su relevancia del mismo para la calificación del caso, le dedicaremos el apartado siguiente donde veremos la evolución jurisprudencial de los diferentes órganos jurisdiccionales.

---

<sup>17</sup> 54.1.e) ET: Se considerarán incumplimientos contractuales: La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

<sup>18</sup> 52.a) ET

<sup>19</sup> TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, Navarra, 2009. P.192

## **Evolución de la calificación jurídica del despido sin causa de un trabajador en situación de IT.**

El Estatuto de los Trabajadores recoge en su artículo 4.2.c) el derecho de los trabajadores *a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados*. Esta protección abarca desde el momento en el que se accede al empleo hasta su extinción, por lo que incluye los procesos de incapacidad temporal.

La primera sentencia importante es resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>20</sup>. En ella un trabajador es despedido estando en IT porque sus reiteradas bajas médicas hacían que no resultase rentable para la empresa. La empresa acepta que el único motivo era la baja rentabilidad que les aportaba y asume la improcedencia del despido. Sin embargo, el trabajador se defiende diciendo que se han vulnerado sus derechos fundamentales.

La empresa trata de defenderse alegando que el despido se basa en una ineptitud sobrevenida del trabajador, que basa en el artículo 52.a) ET (despido por causas objetivas). Sin embargo, el Tribunal deniega esta justificación y mantiene que la empresa ha llevado a cabo una conducta discriminatoria, que atenta contra el artículo 14 de la Constitución Española<sup>21</sup> dado que atiende *a las condiciones personales del trabajador*. Por ello, califica el despido como nulo pues considera que discrimina a quien *por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social (...) sin que se acredite que nos encontramos ante el supuesto del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores*".

Frente a esta sentencia, la empresa recurre en casación para unificar la doctrina. El Alto Tribunal<sup>22</sup>, para resolver el caso, realiza un análisis del artículo 14 CE y señala que el mismo comprende dos prescripciones: el inciso inicial del artículo se refiere al principio de igualdad de la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos y la segunda parte concreta una prohibición de discriminaciones.

La sentencia, dispone que este artículo no puede incluir cualquier tipo de condición o circunstancia como causa de discriminación pues, en ese caso, se confundiría con el principio de igualdad de trato. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación es que comprende condiciones o circunstancias "que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas". En los términos de STC 166/1988<sup>23</sup>, se trata de "determinadas diferenciaciones históricas muy arraigadas" que han situado a "sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona".

El Tribunal sentencia: *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 el en inciso final del artículo 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*".

Por tanto, lleva a concluir que la enfermedad por sí sola no es elemento de discriminación. Es decir, el despido será discriminatorio si se ha producido en razón de la enfermedad. Si

---

<sup>20</sup> STSJ Cataluña de 28 de febrero, número 1891/2000 (AS 2000, 1230)

<sup>21</sup> Constitución Española de 27 de diciembre de 1978

<sup>22</sup> STS 29 de enero de 2001.

<sup>23</sup> STC, 26 de septiembre, número 166/1988. (RTC 1988\166)

el despido se produce porque el trabajador ya no resulta rentable, aun cuando este se encuentra en situación de IT, solo resultaría causa de discriminación si se diese conjuntamente con el elemento de segregación.<sup>24</sup>

Esta interpretación por parte del Tribunal Supremo no obtuvo una interpretación uniforme en los años posteriores. Mientras que ciertos Tribunales de Justicia aplicaban la doctrina sin ninguna crítica, otras, la reinterpretaban y aplicaron de forma distinta, intentando evitar contradicciones, lo que ha dado lugar a diversas sentencias de casación por parte del Tribunal Supremo.

Así el TSJ de Cataluña<sup>25</sup> declara nulo el despido de un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal y en el que el despido se había justificado con la aplicación del 52.b) ET. El Tribunal entiende que *la larga baja que el actor había padecido es la verdadera motivación para que la empresa prescindiera de sus servicios y considere inoportuna su reincorporación. Se trata en realidad de una mera conveniencia carente de justificación, sin que sirva la invocación de la falta de adaptación (...)*. La nulidad, se basaría en una violación del artículo 14 CE.

Esta sentencia es recurrida en casación para la unificación de la doctrina y el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2002<sup>26</sup> reafirma que *la enfermedad (...) es un aspecto de la relación laboral que la empresa no considera favorable a su propio interés, pero tampoco puede subsumirse en el inciso final del artículo 14 CE (...) ya que ese factor de diferenciación se incluye tomando en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas(...) dando lugar a la relevancia de la segregación, de la que carecería la extinción contractual impugnada ya que no son disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales las que motivaron el despido sino la reiterada permanencia en situación de baja”*

A pesar de que la doctrina parece establecer un criterio inflexible de interpretación, lo cierto es que con el tiempo continuaron apareciendo sentencias que declaraban la nulidad del despido de una persona en incapacidad temporal por entender que incurría en causa de discriminación. Como ejemplo el TSJ de Cataluña<sup>27</sup> declara la nulidad del despido de una trabajadora que venía prestando servicios para la misma empresa durante treinta años. La justificación es que la afectada había sido despedida por el mero hecho de ejercer su derecho a la baja médica, no probando la empresa causa alguna más allá de la poca rentabilidad que la trabajadora les ofrecía. El Tribunal Supremo, en casación, declara la improcedencia del mismo siguiendo el mismo hilo argumental que en los casos anteriores.

Para resumir brevemente todo lo expuesto hasta el momento: el artículo 14 CE establece que *los españoles son iguales ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Además, el Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 55, dispone que será nulo aquel 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 trabajador. Sin embargo, en los

---

<sup>24</sup> Segregar: Separar y marginar a una persona o a un grupo de personas por motivos sociales, políticos o culturales.

<sup>25</sup> Sentencia TSJ Cataluña número 2996/2001, 2 de abril (AS/2001/2139)

<sup>26</sup> Sentencia TS, 23 de septiembre de 2002 (RJ/2006/1923)

<sup>27</sup> Sentencia TSJ de Cataluña, 26 de septiembre 2002, número 6082/2002 (AS 2002/3017)

supuestos de despido por baja médica no se entiende que esta pueda incluirse como causa de discriminación por lo que la doctrina opta por calificar esta serie de despidos como improcedentes, pero no nulos.

El punto de inflexión se produce el 11 de julio de 2006, cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>28</sup> dicta una sentencia en la que interpreta la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El objeto de la misma es “la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

Lo que en esta se plantea es el alcance de dicha directiva en cuanto al concepto de discapacidad y, subsidiariamente, si sería posible prohibir una discriminación por motivos de enfermedad.

Dado que la Directiva no define el concepto de discapacidad y tampoco realiza una remisión al derecho interno, el Tribunal resuelve que ha de entenderse como “una limitación derivada de dolencias mentales, físicas o psíquicas que suponga un obstáculo para que la persona a la cual afecta participe en la vida laboral”.

Asimismo, la equiparación pura y simple de este término con el de enfermedad no debe realizarse, pues el legislador escogió expresamente el término discapacidad y no enfermedad. Y añade: *Para que la limitación de que se trate pueda incluirse dentro del concepto “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración (...) una persona que ha sido despedida por el empresario exclusivamente por su enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva. La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”.*

En conclusión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas responde diciendo que la situación en la que se halla un trabajador en situación de incapacidad temporal por causa de un accidente laboral podrá calificarse de “discapacidad” *cuando las limitaciones que padece el trabajador impiden su participación plena y efectiva en la vida profesional en las mismas condiciones que los demás trabajadores.* Se deberá demostrar el carácter duradero de la limitación y no cabrá la equiparación pura y simple.

En una sentencia reciente<sup>29</sup>, se cuestiona si esta normativa europea sobre igualdad de trato en el empleo se opone a la ley española al permitir esta al empresario despedir a un trabajador discapacitado por las faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, relacionadas con enfermedades vinculadas a su discapacidad. En concreto se plantea la situación de un trabajador con discapacidad derivada de su obesidad que acumulaba una serie de ausencias todas consecuencia de esta patología.

El TJUE encuadra la obesidad como causa de discapacidad lo que sitúa al trabajador que la padece en una situación que implica un riesgo adicional frente a otro que no la tiene. En consecuencia, plantea que el artículo 52.d) ET puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad suponiendo una diferencia de trato indirecta.

---

<sup>28</sup> STJCE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-23/05 (TJCE 2006,192)

<sup>29</sup> STJUE de 18 de enero de 2018. Asunto C-270/2016



Por tanto, la Sala Tercera del TJUE declara que la Directiva, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, pero este extremo debe ser evaluado por el órgano jurisdiccional remitente”.

A nivel estatal, son diversas las sentencias que refuerzan esta idea. Como ejemplo, la STS 366/2016 de 3 de mayo<sup>30</sup>, la enfermedad del trabajador puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales. Esto, ocurrirá cuando *el factor de enfermedad sea tomado en consideración como elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.*

Llegados a este punto, debemos plantearnos cómo debe calificarse un despido basado en una causa ficticia. Desde la STS de 19 de enero de 1994<sup>31</sup>, que recoge que “*en el estado actual del ordenamiento, la calificación del despido nulo por fraude de ley no tiene cabida en la legislación procesal, ni siquiera con el carácter excepcional*”; una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo concluye que ha desaparecido de nuestro derecho positivo la figura del despido nulo por inexistencia de causa o causa ficticia. De modo que, aunque la causa del despido sea falsa no siempre tiene que comportar la nulidad, sino que puede reportar otra consecuencia como es la de la improcedencia<sup>32</sup>. Las causas de nulidad del despido recogidas por el Estatuto de Trabajadores hacen referencia a causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, así como casos en los que se hubiera producido una violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

En resumen, la enfermedad, considerada desde una perspectiva de incapacidad para el trabajo no es un factor discriminatorio que por sí se pueda incluir dentro del inciso final del artículo 14 CE y tampoco entra al amparo de la protección de la Directiva 2000/78/CE.

En el presente caso, Doña Carmen es despedida porque su situación de incapacidad temporal hace que el mantenimiento de su puesto de trabajo no resulte rentable para la empresa. La enfermedad, no es tomada en consideración como elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma ni tampoco en la estigmatización como persona enferma de Doña Carmen, al margen de su aptitud para desarrollar la prestación laboral objeto del contrato.

Al no darse estas condiciones, la extinción del contrato de trabajo no podrá ser considerada nula por discriminación. Cosa distinta es la licitud de la misma, pues realmente el despido está basado en una causa ficticia. A pesar de ello, como hemos visto,

---

<sup>30</sup> STS 3 de mayo, número 366/2016 (RJ/2016/2152)

<sup>31</sup> STS 19 de enero de 1994 (RJ/1994/352)

<sup>32</sup> 55 ET

la doctrina ha resuelto que el despido por causa falsa no tiene que comportar siempre la nulidad, sino que puede dar lugar a la mera improcedencia.<sup>33</sup>

## **b. Requisitos formales**

Para que el despido disciplinario sea válido y produzca efectos la Ley exige el cumplimiento de una serie de requisitos. Se refiere básicamente al plazo y forma, pero también a una serie de procedimientos especiales que se exigen en el caso de que el despido afecte a los representantes de los trabajadores (caso ante el cual no nos encontramos). Además, hay que tener en cuenta que, en ocasiones, los convenios colectivos añaden otra serie de requisitos. Como realmente no sabemos cuál es el convenio aplicable en el presente caso, analizaremos la regulación general.

### **b.1. Plazo**

Se regula en el artículo 60 ET según el cual las faltas graves o muy graves que puedan acarrear la sanción de despido, prescriben a los veinte o sesenta días desde que la empresa tuviera conocimiento de las mismas y, en todo caso, a los seis meses de su comisión.

Este requisito se cumple en el caso de Doña Carmen, puesto que la empresa notifica el despido dentro del plazo requerido desde la supuesta comisión de la falta.

### **b.2. Forma**

El despido es un acto formal y recepticio. Sus requisitos de forma se regulan en el artículo 55 ET donde se exige que la comunicación se realice por escrito. El término utilizado es “carta de despido”, pero no se exige que sea una carta propiamente dicha sino cualquier medio que permita la notificación por escrito y que ofrezca certeza sobre su autor y contenido.<sup>34</sup>

Esta comunicación sirve para que el trabajador tenga conocimiento de la decisión del empresario y, así, pueda reaccionar frente a la misma. Por ello, otro requisito exigido es que aparezca la fecha del despido y los hechos que lo motivan.

Por fecha de despido se entiende aquella en que produzcan sus efectos, puede coincidir con la fecha de la carta, pero no es obligatorio. La fecha del despido es la que abre el plazo para la demanda.

Además, las sanciones por faltas muy graves- a la que corresponde el despido disciplinario- han de ser comunicadas a los representantes de los trabajadores. La omisión de este requisito no afecta a la calificación del despido, pues podrá ser cumplimentado una vez adoptada la sanción, pero sí que conlleva responsabilidad administrativa.

Según el artículo 55.2. ET, el empresario que incumpla alguna de estas formalidades podrá realizar un nuevo despido en el plazo de 20 días, contando a partir del día siguiente del anterior. Por lo que el despido de Doña Carmen, que incumple los requisitos de forma

---

<sup>33</sup> TOLEDO OMS, A. *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, Navarra, 2009. Pp. 63 a 115.

<sup>34</sup> MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016. P. 799

pues no se indica la fecha de despido, podría volver a ser realizado por la empresa en los 20 días siguientes al 22 de mayo de 2017. Para ello se exigen dos obligaciones para la eficacia del nuevo despido que son el abono de los salarios intermedios y mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social.

Si la subsanación se produce en plazo, sustituye al primer despido que se queda sin efecto; mientras que si no se produce en plazo no tendrá ningún valor y, de reclamar el trabajador contra el mismo, habrá de considerarse improcedente.

### **c. Calificación jurídica**

En conclusión, el despido de Doña Carmen no podrá ser calificado como nulo en base a la reiterada jurisprudencia que afirma que el despido sin causa justificada no resulta nulo y, también, en base a que no se permite la equiparación de enfermedad y discapacidad.

Dado que el despido de Doña Carmen obedece a causas puramente económicas y no a su situación de incapacidad, no se cumplen los requisitos exigidos para considerar la enfermedad como un motivo de discriminación y segregación.

Tampoco podrá ser calificado como procedente, pues los motivos alegados por la empresa carecen de una justificación real.

Estamos ante un despido improcedente y son varios los hechos que nos llevan a afirmarlo. El primer argumento se extrae del tenor literal del artículo 54 ET, *serán incumplimientos contractuales la disminución **continuada y voluntaria** en el rendimiento de trabajo normal o pactado*. Faltan ambos elementos, la caída de la productividad imputada a la trabajadora obedece a un periodo de incapacidad temporal en el cual, amparada por la Ley, su contrato de trabajo y obligaciones se encontraban en suspenso, con lo cual no puede existir dicha disminución. Tampoco se trata de una caída continuada del rendimiento lo que sabemos porque, entendiéndolo que tendría que darse antes de iniciar la baja médica, no habría un espacio de tiempo suficiente como para poder apreciarla. Además de esto, para que la extinción del contrato de trabajo por una bajada en el rendimiento resulte procedente, es necesario que no exista una situación de tolerancia previa. Desde el momento en el que la productividad disminuye, la empresa debería haber penalizado a la trabajadora como medida de aviso. Al no hacerlo, se entiende que ese comportamiento estaba siendo tolerado y, por tanto, no resulta posible imponer la sanción máxima de despido repentinamente, pues vulneraría la buena fe que rige las relaciones empresariales.

Al mismo tiempo, cuando se realizan este tipo de sanciones es necesario que la bajada en el rendimiento sea comparada tanto con el rendimiento previo de la trabajadora como con el de sus compañeros. Si bien la comparación está hecha, no se detalla el periodo al que se refiere, lo que impide que esta resulte válida.

Por lo tanto, dado que no existe culpa, ni reiteración, ni tampoco se cumple con los requisitos formales, el despido habrá de ser calificado como improcedente.

### 1.3. DON AGUSTÍN

#### a. Requisitos sustantivos

Don Agustín recibe la rescisión de su contrato el día 22 de mayo a través de carta. En ella, se le comunica la extinción de su contrato por no haber acudido a trabajar los 21 días sobre las 80 jornadas que le correspondían entre los meses de octubre y noviembre de 2016 y meses de marzo a abril de 2017. Don Agustín ha presentado siempre justificante médico de sus ausencias.

El **despido objetivo**<sup>35</sup> trata de supuestos en los que el trabajador incumple con parte de sus obligaciones, por causas imputables a él mismo, pero no a su voluntad. Estos supuestos no pueden ubicarse dentro de un despido disciplinario, pues no se deben a un incumplimiento voluntario del trabajador. El fundamento legal del mismo, que faculta al empresario para extinguir el contrato en detrimento de la tutela de la estabilidad en el empleo, se basa en el principio de productividad. El trabajo realizado por el empleado no da respuesta a las aspiraciones empresariales de obtener un beneficio de la prestación de servicios, por ello se le permite rescindir el contrato ante la inutilidad del trabajo realizado por el trabajador.

Dentro de las causas objetivas diferenciamos dos grupos:

- Aquellas en las que la ausencia de interés de la continuidad del contrato obedece a carencias profesionales del trabajador: ineptitud, falta de adaptación técnica y faltas de asistencia al trabajo- aún justificadas pero intermitentes.
- Aquellas en las que la falta de productividad obedece tanto al puesto de trabajo como a la situación de la empresa. Es independiente del trabajador pues no tiene que ver con sus capacidades o aptitudes.

En el presente caso, la empresa despide a Don Agustín en base a sus reiteradas faltas de asistencia. El artículo 52.d) Estatuto de los Trabajadores regula esta situación y establece que el contrato podrá extinguirse:

- Por faltas de asistencia aún justificadas pero intermitentes que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.
- En este mismo artículo, establece que no se computarán como faltas de asistencia, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidentes de trabajo, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos. Tampoco las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Antes de proceder al cómputo de ausencias de Don Agustín alegadas por la empresa, debemos analizar con detalle este artículo, trayendo a colación todas las controversias que han surgido a lo largo de los años y las diversas soluciones dadas por la jurisprudencia al respecto.

Para comenzar, debemos delimitar el alcance de los meses a los que hace referencia el artículo. ¿Hacen los porcentajes referencia a un límite que debe alcanzarse cada mes o al

---

<sup>35</sup> 52 ET

período en su conjunto? Este tema es tratado por el Alto Tribunal quien entiende que *es evidente que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores está tomando en consideración períodos integrados por dos o cuatro meses y que a ellos se refiere el porcentaje.*<sup>36</sup> Por lo tanto, queda aclarado que el período debe tomarse en su conjunto, un total de 20% en dos meses consecutivos o un 25% en cuatro meses discontinuos. Los porcentajes se tendrán en cuenta para los períodos integrados en esos dos o cuatro meses, como conjunto, independientemente de lo que suceda en cada mes aislado. No es necesario que el porcentaje se alcance en cada uno de los meses, si no en el total.

Nada dice el Estatuto de los Trabajadores acerca de cómo se deben computar estos meses. La jurisprudencia entiende que estos periodos mensuales a los que se refiere el precepto deben computarse de fecha a fecha y no por meses naturales. El Tribunal Supremo<sup>37</sup> entiende que, de aceptar el criterio de cómputo por meses naturales, determinados días de falta de asistencia al trabajo podrían quedar fuera del cómputo de ausencias, dando lugar a un resultado contrario al objeto de la norma, que es la lucha contra el absentismo, y por ello se establece que el criterio del cómputo de faltas deberá realizarse por meses de fecha a fecha. Imaginemos que la falta de asistencia se produce en los días finales del mes y principios del siguiente, aceptando el criterio de los meses naturales, estos últimos no se computarían, de ahí la solución dada.

En conclusión, la última falta actúa como *dies ad quem* (último día) para la determinación de los periodos de referencia y la primera, como *dies a quo* (día de inicio) para el plazo del que dispone el empresario para despedir.<sup>38</sup>

Realmente, esto debemos tenerlo en cuenta, pero no afecta al cómputo de faltas para nuestro caso de estudio, pues en el mismo se detallan las ausencias producidas cada mes por Don Agustín, pero no el día de inicio ni fin de las mismas, por lo que nos atendremos a la información proporcionada y computaremos en función del número de días de ausencias que se ponga de manifiesto.

El segundo factor fundamental a analizar es el requisito de intermitencia. El Tribunal Supremo manifiesta lo siguiente en referencia al artículo 52.d) ET<sup>39</sup>:

*“La norma de aplicación contempla dos posibilidades de cómputo de las faltas justificadas de asistencia. En la primera, el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, lo serán con carácter intermitente y en la segunda, el 25% en cuatro meses discontinuos, no existe referencia al carácter intermitente o no por lo que deberá entenderse que en ese caso cualquiera de las dos situaciones se ajusta al precepto. No sucede lo mismo en la primera opción en la que la introducción del requisito de ausencias intermitentes no deja lugar a dudas ni permite por lo tanto otro tipo de interpretación que no sea el sentido literal de las palabras.”*

Esta sentencia, que nos resulta de vital importancia a la hora de determinar el caso, nos llevará a computar todas las ausencias en las que Don Agustín incurra (exceptuando las previstas por la ley) en caso de que optemos por la segunda opción. Mientras que, de optar por la primera, debemos tener en cuenta que el cómputo de ausencias en dos meses consecutivos solamente hace referencia a aquellas que tengan carácter intermitente, alejando del cómputo las demás. Entonces, ¿qué se entiende por intermitente? La

<sup>36</sup> STS de 5 de octubre de 2005 (RJ 2005/7790)

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 (RJ/2011/238)

<sup>38</sup> AGUSTÍ MARAGAL, J. Y OTROS: Despido 2015-2016: otras formas de extinción del contrato de trabajo, Francis Lefebvre, Madrid, 2015. P. 544

<sup>39</sup> STS 7 mayo 2015 (RJ/2015/2238),

intermitencia se produce por la interrupción o cese de algo que “prosigue o se repite” (Real Academia de la Lengua Española). A estos efectos, no solo basta que no sean ininterrumpidas, sino que se repitan con cierta frecuencia y periodicidad.

El párrafo segundo del artículo 52 excluye del cómputo las ausencias debidas a enfermedad *cuando la baja tenga una duración superior a 20 días consecutivos*. La interpretación *contrario sensu*, nos podría llevar a pensar que aquellas bajas que tengan una duración inferior a 20 días sí computarían para el cálculo de las ausencias, lo que en cierto modo resultaría contradictorio a la exigencia del requisito de intermitencia. El Tribunal Supremo<sup>40</sup> resuelve diciendo que ambos preceptos son compatibles: *una cosa es la exigencia de la intermitencia en las ausencias al trabajo y otra diferente es que, producida dentro de esa intermitencia una baja por enfermedad durante más de veinte días consecutivos, tal baja no se compute. (...) La previsión contenida en el párrafo segundo in fine de dicho precepto comporta una limitación del rigor establecido en el párrafo primero para el cómputo de faltas de asistencia, más debe entenderse en sus estrictos términos, es decir, como una limitación que ha de contraerse **precisa y exclusivamente** a los supuestos específicamente previstos. La decisión de limitar el rigor del cómputo del absentismo (...) supone al mismo tiempo el absoluto respeto al requisito legal de la intermitencia, que incluso por su dicción literal expresa la voluntad de la Ley de que **en todo caso** ha de producirse dicha intermitencia en las faltas al trabajo.*

En suma, para que las inasistencias del trabajador a causa de accidente no laboral o enfermedad común puedan computarse es necesario que sean intermitentes, requisito que no concurre cuando se trata de días consecutivos en una única baja. De manera que serán computables las faltas que se repitan con frecuencia y cierta periodicidad. Y, en caso de las bajas médicas, no basta con una sola inferior a 20 días, sino que tiene que haber varias inferiores a 20 días. Como ejemplo ilustrativo, un empleado que en el mes de febrero estuviese de baja 19 días seguidos por una enfermedad común; al carecer del requisito de intermitencia estos días no podrían computar para el cálculo del límite del 20% en dos meses consecutivos. Sin embargo, si tuviese tres bajas diferentes, que el total sumasen 19 días, sí que cumpliría con el requisito de intermitencia, por lo que sí computarían para calcular el límite de ausencias.

Una vez analizada la regulación y jurisprudencia vinculada con este tema, procederemos al cómputo de ausencias de Don Agustín, para analizar si realmente el despido está fundamentado o no.

Para empezar, realizaremos una aclaración. La información proporcionada por el caso es insuficiente para conocer el calendario hábil de Don Agustín. Es cierto que se dice que entre los meses de octubre y noviembre de 2016 y marzo y abril de 2017, le han correspondido un total de 80 jornadas hábiles, pero no se especifica cuáles eran. De igual manera, se desconocen las jornadas laborales que le correspondían al afectado en el año anterior, que resulta de especial interés si se pretende defenderlo por vía de la primera opción del artículo 52.d). En la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010<sup>41</sup>, se realiza la siguiente precisión *si el cómputo se efectuara por meses naturales completos no existen datos en las actuaciones para precisar el número de jornadas teóricas, ignorándose por tanto si se supera el porcentaje de referencia, supuesto en el*

---

<sup>40</sup> STS de 26 de julio de 2005 (RJ/2005/7147)

<sup>41</sup> STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ/2011/238)

que el despido habría de ser calificado de improcedente. De lo que se extrae que, ante la falta de datos que permitan precisar el número de jornadas hábiles y, por tanto, falta de información para calcular el porcentaje de referencia, el despido ha de ser calificado como improcedente. Dado que realmente no se sabe si la omisión de esta información es voluntaria o no, realizaremos esta aclaración inicialmente para intentar resolver el caso realizando las siguientes presunciones:

- Las jornadas hábiles de los meses de octubre, noviembre, marzo y abril son 80 días.
- Al repartirlo a partes iguales entre los cuatro meses, me da un total de 20 días hábiles por mes.
- Sé que los días festivos no cuentan para el cómputo de días hábiles, pero me atenderé a lo que se dice en el caso y seguiré presuponiendo que las jornadas hábiles mensuales de Don Agustín eran 20, tanto en los meses en los que suceden las ausencias como en los demás.

De todas las ausencias justificadas por don Agustín, sólo hay una que a efectos de lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores no debe computar<sup>42</sup> y son los dos días debidos a la estancia en el hospital por un tratamiento de cáncer. Por lo tanto, las faltas serían las siguientes:

MES	CAUSA	DÍAS	COMPUTA
Octubre	Dolor zona cervical	3	Sí
Octubre	Gastroenteritis	2	Sí
Noviembre	IT por bronquitis	6	Sí
Marzo	Reacción alérgica	4	Sí
Abril	Fuertes dolores de cabeza y vómitos	4	Sí
Abril	Tratamiento cáncer	2	No

Analizaremos entonces si se cumple con alguno de los requisitos exigidos por el artículo 52.d) para que sea posible extinguir el contrato de trabajo.

1. Ausencias sobre el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

Las jornadas hábiles correspondientes a estos cuatro meses, tal y como informa el caso, son 80 días. Siguiendo la STS 7 mayo 2015, comentada anteriormente, el requisito de la intermitencia no es exigible en este supuesto, por lo que no tendremos por qué parar a examinarlo.

El total de faltas en las que incurre Don Agustín estos meses son de 19, dos menos que las 21 inicialmente alegadas por la empresa. Esto supone un 23'75% del total de jornadas hábiles, por lo que este requisito resultaría incumplido.

2. Ausencias, aun justificadas pero intermitentes, sobre el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles.

<sup>42</sup> Artículo 52.d) ET párrafo segundo

Para que las inasistencias del trabajador a causa de enfermedad común puedan computarse es necesario que sean intermitentes, de manera que contarán las faltas que se repitan con frecuencia y cierta periodicidad. Y, en caso de las bajas médicas, no basta con una sola inferior a 20 días, sino que tiene que haber varias inferiores a 20 días.

En el presente caso nos encontramos ante diferentes ausencias, todas interrumpidas y con una duración inferior a 20 días que se repiten en el tiempo, por lo que se cumple con el requisito de intermitencia.

Partiendo de la presunción realizada antes, entendemos que las jornadas hábiles de los meses de marzo y abril son 40 en total. Don Agustín acumula un total de 8 faltas computables que representan un 20% de las jornadas útiles. La disposición legal incluye, como causa de extinción del contrato, aquellas faltas que alcancen el 20% de las jornadas hábiles, por lo que este requisito se encuentra cumplido.

Ahora bien, por sí solo no es suficiente puesto que solo opera si, al mismo tiempo, el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanza el 5% de las jornadas hábiles. No teniendo constancia de otras, entendemos que las únicas faltas cometidas en los meses anteriores son las que obedecen a los meses de octubre y noviembre, un total de 11 días. Si las jornadas hábiles de cada mes son 20 días, en un año, estas ascienden a 240 días. En proporción, Don Agustín se ausenta de su puesto de trabajo en un porcentaje del 4'58% en los últimos doce meses, por lo que no se cumple con el mínimo exigido por la Ley.

Ya no analizaremos si las ausencias de octubre y noviembre alcanzan el 20% pues en los doce meses anteriores no consta ninguna ausencia.

En consecuencia, no se llega al límite que justifica la extinción del contrato en ninguno de los dos supuestos. Estas faltas, justificadas y de corta duración, no cumplen con el requisito de reiteración exigido para que puedan resultar gravosas para el empresario y los costes añadidos que estas representan no justifican el despido de Don Agustín.

#### **b. Requisitos formales<sup>43</sup>**

La calificación jurídica del despido objetivo depende tanto de la concurrencia de causa extintiva como del cumplimiento de las formalidades exigidas. Éstas, son las siguientes:

##### *Comunicación por escrito*

Al igual que en el despido disciplinario, el empresario ha de comunicar por escrito al trabajador las causas que justifican la extinción del contrato. La finalidad es que el trabajador conozca con exactitud el motivo de su despido y, de no estar de acuerdo, pueda preparar la defensa adecuada. En este caso se cumple, pues la empresa detalla una a una, las diversas ausencias que ha tenido Don Agustín, expresando los días de duración de cada una.

##### *Puesta a disposición de la indemnización*

Hace referencia a la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

Existe una excepción a este requisito. Cuando el despido objetivo obedezca a una causa económica y, consecuencia de ella, no se pudiera poner a disposición del trabajador la

---

<sup>43</sup> 53 ET



indemnización, el empresario, haciéndolo constar en notificación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del trabajador a exigir su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

Para que este requisito se considere cumplido la puesta a disposición de la indemnización ha de ser efectiva, simultánea a la comunicación de cese, incondicionada y en el importe legal. Se considera error excusable, y por tanto no determina la improcedencia del despido, aquellas situaciones en las que, presidiendo el criterio de buena fe, existan diferencias sobre la cuantía entregada y la legalmente establecida que obedezcan a errores de cálculo aritmético, divergencias en los parámetros a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización (antigüedad y salarios) y cuando la diferencia en los mismos obedezca a motivos razonables. En este caso, de declararse la procedencia del despido, será posible entregar posteriormente la diferencia correspondiente.

#### *Obligación de un plazo de preaviso*

El empresario deberá conceder un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. La omisión de este plazo no conduce a la improcedencia del despido, sino que obliga al pago de una cantidad equivalente al salario del período de preaviso omitido, por lo que si se incumple en su integridad, la indemnización pertinente es la equivalente al salario de 15 días.<sup>44</sup>

En el presente caso, Don Agustín recibe una notificación escrita en la que se recoge la relación de ausencias que motivan su despido. Sin embargo, no consta que se ponga a disposición del mismo la indemnización correspondiente y tampoco que se conceda un plazo de preaviso.

#### **c. Calificación jurídica**

El presente despido habrá de calificarse como improcedente pues fallan tanto los requisitos de forma como los sustantivos.

Por un lado, tal y como hemos analizado, no se cumple el mínimo de ausencias exigidas por la Ley para que el despido resulte justificado: ni efectuado el cómputo de cuatro meses discontinuos ni tampoco el de dos meses continuos.

Por otra parte, se incumplen los requisitos formales al obviarse la entrega de la indemnización correspondiente, así como el plazo de preaviso. Si bien la falta de preaviso no determinaría la improcedencia del despido sí lo hace la no entrega de la indemnización, pues, en este caso, no se encuentra justificada por problemas económicos de la empresa que hacen que sea imposible su entrega ni tampoco estamos ante un error excusable de cálculo.

El despido no podrá calificarse como nulo pues no puede encuadrarse dentro de los supuestos recogidos en el artículo 53.4 ET ni tiene lugar una discriminación, ni viola derechos fundamentales ni libertades públicas.

---

<sup>44</sup> AGUSTÍ MARAGAL, J. Y OTROS: Despido 2015-2016: otras formas de extinción del contrato de trabajo, Francis Lefebvre, Madrid, 2015. P. 566

#### 1.4. DON SERGIO

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

Además, es Secretario de Organización del sindicato CGT desde el 19 de junio de 2015 y parte de una sección sindical desde el 17 de mayo de 2017. Al mismo tiempo, tiene reconocida una incapacidad permanente total con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE S.A.

La causa del despido es el elevado absentismo del trabajador. Existen dos tipos de ausencias, las justificadas y las injustificadas, que son aquellas en las que se carece de partes de baja. La calificación del presente despido entre despido por causas objetivas o despido disciplinario atiende al carácter de estas ausencias, siendo despido objetivo si estas están justificadas y disciplinario en caso contrario.

El artículo 54.2.a) ET se refiere a las faltas repetidas e injustificadas de asistencia como causa del despido. El bien jurídico protegido es el cumplimiento básico del contrato por parte del trabajador mediante su prestación de trabajo.<sup>45</sup> El incumplimiento de esta prestación frustra injustificadamente el objeto del contrato de trabajo y permite al empresario resolver el mismo. Para que sean causa de despido se requieren dos elementos; uno cuantitativo, como es el número de faltas y otro causal, que es la falta de justificación. Se exige una cierta frecuencia en el número de faltas, una falta aislada no sería causa de despido salvo que revista de una especial gravedad. Normalmente, el número de faltas viene detallado en la normativa sectorial aplicable, a la que habrá que atender para valorar su gravedad.<sup>46</sup>

Por su parte, el artículo 52.d) ET regula la extinción del contrato por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos. La interpretación detallada de este artículo ya ha sido realizada en el caso de Don Agustín, en el que veíamos que el requisito de intermitencia, en este caso, debe darse siempre. Los datos proporcionados por la empresa son insuficientes para ver si este requisito se cumple. Durante los meses de febrero y marzo resulta posible que Don Sergio hubiese incurrido en una baja médica de más de 20 días. Por Ley, esta no computaría para el cálculo de las ausencias y, por tanto, no podría verse incluida dentro del 54% alegada por la empresa.

Tanto en un caso como en otro, la normativa exige que en la carta de despido se contenga una enumeración de los hechos constitutivos de la infracción laboral que se le imputa. La comunicación empresarial del despido por faltas de asistencia deberá contener una relación precisa de las inasistencias del trabajador indicando los días en que se han dado cada una de ellas. De no especificarse, el trabajador no puede conocer las causas de su cese y organizar su defensa, generando una situación de indefensión.<sup>47</sup> En consecuencia, el despido será improcedente, independientemente del carácter justificado o no de las faltas de asistencia de Don Sergio.

---

<sup>45</sup> AGUSTÍ MARAGAL, J. Y OTROS: Despido 2015-2016: otras formas de extinción del contrato de trabajo, Francis Lefevbre, Madrid, 2015. P. 25

<sup>46</sup> STS 20 febrero 1991 (RJ 1991\854)

<sup>47</sup> TSJ Las Palmas, 910/2012 de 29 de mayo (JUR/2012/299274)

Cabe entonces analizar la nulidad del mismo. El Estatuto de los Trabajadores, artículo 55, dispone que será nulo aquel 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 trabajador.

Además, en su artículo 17 recoge la prohibición de discriminación en las relaciones laborales: “*Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.*”

Nos interesan en especial dos causas prohibidas de discriminación recogidas en la anterior disposición que son la prohibición de discriminación por discapacidad y por la adhesión o no a sindicatos. Dado que Don Sergio tiene reconocida una incapacidad total permanente, es afiliado a CGT y forma parte de una sección sindical, analizaremos las posibles implicaciones que esto podría tener.

#### **a. Implicaciones de la incapacidad permanente y la afiliación a sindicatos.**

##### **Incapacidad permanente**

La incapacidad permanente viene definida por el artículo 193 de la LGSS<sup>48</sup> como la *situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.*

Como ya se ha visto anteriormente, la legislación española es especialmente protectora con las personas discapacitadas, prohibiendo cualquier tipo de discriminación que se pueda llevar a cabo sobre las mismas. Si el despido de Don Sergio se realizase en base a su incapacidad permanente, habría de ser calificado de nulo por discriminatorio. Para entender si en este preciso caso, ha habido discriminación, analizaremos un par de sentencias que tratan el tema.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede las Palmas) emite una sentencia el día 25 de enero de 2011<sup>49</sup>, donde declara la nulidad de un despido por discriminatorio. Para justificar este despido, la empresa se basaba en las continuas faltas de asistencia de un trabajador en situación de IT. Estas faltas obedecían a una baja por enfermedad- en concreto un cáncer tipo Hodkin- del que el empresario se estaba tratando. El Tribunal Superior de Justicia funda la causa de discriminación en que el despido se basa en una enfermedad de larga duración que había provocado una baja de solo seis meses por parte del trabajador.

Años más tarde, se plantea el caso de otro trabajador despedido por absentismo, el cual sufría una minusvalía de grado total reconocida antes de entrar en la empresa. En este

---

<sup>48</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>49</sup> TSJ Las Palmas, 25 de enero de 2011 (RS 204/2010)

caso, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con sentencia de 30 de abril de 2013, considera que el despido ha de calificarse como improcedente, pero no nulo.

Ambas sentencias, plantean pretensiones semejantes en base a fundamentos similares, pero el Tribunal Supremo considera que no son contradictorias pues los hechos que fundamentaban esas pretensiones eran diferentes.<sup>50</sup> ¿Cuáles son las diferencias y cómo tenemos que interpretar cada caso?

En la primera sentencia (TSJ Canarias) no existe el reconocimiento de una discapacidad previa y las ausencias por IT, iniciadas seis meses antes del despido por cáncer, se debían en su integridad a la enfermedad, lo que lleva a la empresa a rescindir el contrato por no ser rentable; prefiriendo pagar la indemnización correspondiente.

En la segunda sentencia (TSJ Cataluña) el trabajador tenía reconocida una discapacidad antes de ser contratado. Las ausencias alegadas por la empresa como causa de despido, no constan como provocadas por la enfermedad que causa la discapacidad. Por tanto, no puede alegarse como despido la incapacidad del trabajador.

La diferencia principal es que, en un caso, la causa que da lugar a la baja es siempre la misma, mientras que en la otra no consta que la enfermedad causante de las reiteradas ausencias fuese la misma que motiva la declaración de incapacidad.

En nuestro caso, sí podríamos equiparar el despido de Don Sergio a la segunda sentencia. En ambos casos se trata de trabajadores con una incapacidad temporal permanente reconocida antes de su contratación y que son despedidos por un elevado índice de absentismo. Ni en un caso ni en otro, hay constancia de que las ausencias deriven de esta incapacidad. En el caso de Don Sergio, la empresa alega dolores recurrentes de cabeza pero que no consta que tengan que ver con su condición de discapacitado.

Es por ello, que no se podrá alegar una causa de discriminación, pues el despido no se produce por su condición, si no por el comportamiento que ha venido teniendo en los últimos meses.

## **Libertad sindical**

El derecho a la libertad sindical conocido como el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, está recogido en la Constitución Española, concretamente el artículo 28<sup>51</sup>, y es un derecho fundamental reconocido a todos los españoles.

Estos derechos calificados como “fundamentales” se consideran inherentes a la condición humana de “persona” y a la condición política y social de “ciudadano”, sin su reconocimiento, no podría hablarse con propiedad de un verdadero “Estado de Derecho”.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> STS 25 noviembre 2014 (RJ/2015/27)

<sup>51</sup> 28 CE: Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

<sup>52</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2004. Pág. 17.

El despido que se produzca con violación de libertades públicas y derechos fundamentales del trabajador, será declarado nulo. Como ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra<sup>53</sup> a través de la cual se declara la nulidad del despido de tres trabajadores por no estar fundamentadas las causas del mismo en otro motivo que no fuese su pertenencia al sindicato E.S.K.

La jurisprudencia ha venido aclarando que “la mera afiliación a un sindicato no es indicio de discriminación, por lo que para alegarla es preciso acreditar un indicio inverosímil de la misma”. Para demostrar la ausencia de conductas discriminatorias y antisindicales de la empresa, es necesario que a empresa aporte datos suficientes para demostrar que el despido se basa en causas objetivas y razonables.

Esta línea de argumentación se ve reforzada en la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña del 30 de abril de 2013<sup>54</sup>, ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo<sup>55</sup>, donde encontramos una serie de exigencias a cumplir para que el despido pueda ser declarado nulo como discriminatorio en el caso de individuos que formen parte de un sindicato.

En este caso, tres trabajadores son miembros de CGT desde el día 20 de diciembre de 2011, ostentando los cargos de secretario general de la sección sindical de CGT, secretario de organización y secretario de financiación desde que se constituye la Sección sindical el día 13 de febrero de 2012.

Ese mismo mes de febrero, días 16 y 17, los tres trabajadores son despedidos, alegando la empresa altos límites de absentismo. Los afectados se defienden explicando que las causas recogidas en la carta de despido no son ciertas, con falta de concreción lo que provoca indefensión y que, además, no hubo un expediente disciplinario contradictorio, siendo las razones ciertas del despido la constitución de la sección sindical de CGT cuatro días antes del despido. De ser así, se estaría vulnerando el derecho a la sindicación recogido en el propio Estatuto de los Trabajadores, Constitución Española y jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resuelve, entendiendo que no puede apreciarse la nulidad del despido por no quedar probada la existencia de un móvil discriminatorio o violación de un derecho fundamental de los actores. Los argumentos, que posteriormente reafirma el TS, son estos:

- Ni la empresa ni el comité de empresa tenían conocimiento de que los actores estaban afiliados al sindicato CGT, salvo alguna consulta por información a la misma, y tampoco tenía conocimiento de que los empleados tuviesen intención de crear una sección sindical.
- Además, el día 9 de febrero de 2012 se celebra una reunión donde ya consta en el acta la decisión del comité de empresa y la empresa de despedir a los trabajadores por su alto absentismo. En el momento en que se constituye la sección sindical, 13 de febrero de 2012, estos ya sabían que iban a ser despedidos a pesar de que la notificación se realice el día 16 de ese mismo mes.

En el caso de Don Sergio, no consta que la empresa tuviese idea de su afiliación a CGT. La comunicación de la extinción del contrato de trabajo se produce el día 15 de mayo,

---

<sup>53</sup> STJ Navarra número 59/2011 de 23 de febrero (JUR 2011/229652)

<sup>54</sup> Sentencia TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 3072/2013 de 30 de abril

<sup>55</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia 25 de noviembre de 2014 (RJ/2015/27)

con anterioridad al 17 de mayo, día en el que comienza a formar parte de la sección sindical. Por ello, no se puede afirmar que se produzca una vulneración del derecho a la libertad sindical y, por tanto, no se podrá calificar el despido como nulo.

¿Podrían tener alguna otra implicación estos hechos?

Si estuviésemos ante un despido disciplinario, el Estatuto de los Trabajadores exige una serie de requisitos extraordinarios que son de aplicación para ciertos casos especiales.

En concreto: *Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.*

*Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.*<sup>56</sup>

En España, existe un “modelo dual” de representación en la empresa. Por un lado, está la representación colectiva y unitaria creada por el Estatuto de los Trabajadores (de base electiva) dentro de la cual se incluyen los comités de empresa y delegados de personal. Por otro, se encuentra la representación sindical, formada por secciones y delegados sindicales que desarrollan la actividad del sindicato en la empresa.<sup>57</sup>

En el presente caso, el órgano de representación unitaria es el comité de empresa que se constituye en aquellas empresas que tienen más de 50 trabajadores. Los representantes de los trabajadores tienen una serie de garantías reconocidas en el 68 ET como, por ejemplo, *protección formal frente al poder disciplinario del empresario consistente en la apertura de un expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves*. Los representantes integrados en el comité de empresa son elegidos a votación entre los trabajadores. No consta que en el presente caso Don Sergio sea uno de ellos, por lo que no resultará de aplicación esta protección especial.

Al mismo tiempo, el derecho de acción sindical en la empresa se plasma en la creación y funcionamiento de unos órganos de representación de base asociativa que implica la afiliación a un sindicato y que en consecuencia integran el contenido esencial de este. Por tanto, el hecho de que exista una sección sindical implica que sus miembros, entre ellos Don Sergio, se encuentren afiliados a un sindicato. De saber esta condición el trabajador, para la procedencia del despido se deberá *dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondientes a dicho sindicato*.

Los delegados sindicales son una figura creada por la LOLS<sup>58</sup> consistente en un nuevo tipo de representante de los trabajadores en la empresa, de origen asociativo y directamente sindical. *En las empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores, las secciones sindicales con representación en el comité de empresa estarán representadas a todos los efectos por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o centro de trabajo (10.1 LOLS)*. Por tanto, esta figura solo existe en aquellas empresas en las que los trabajadores sean más de 250. Sabemos que

---

<sup>56</sup> 55.1 ET

<sup>57</sup> BAYLOS GRAU, A.: *Sindicalismo y derecho sindical*. Bomarzo, Albacete, 2009. P. 34

<sup>58</sup> Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

CONTRATOPHONE S.A. tiene comité de empresa y, por tanto, más de 50 trabajadores. Pero no podemos saber con los datos ofrecidos si estos superan los 250 o no.

Sabemos que Don Sergio está afiliado a CGT, tanto porque es secretario como porque forma parte de la sección sindical; si la empresa superase los 250 empleados sería necesario que se hubiese celebrado una audiencia previa a los delegados sindicales de la sección para comunicarle su despido. De no superar los 250 trabajadores, no habría delegados sindicales, y por tanto no sería necesario este requisito formal para la eficacia del despido.

Por lo tanto, ni la incapacidad permanente ni la afiliación al sindicato podrán justificar la nulidad del despido, sin embargo, de darse que la empresa tenga más de 250 trabajadores, se exigirá una audiencia previa a los delegados sindicales para que el despido de Sergio cumpla con los requisitos de forma.

#### **b. Requisitos de forma**

Tanto el despido disciplinario como la extinción por causas objetivas, han de ser notificados por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan. Sabemos que la rescisión del contrato le es comunicada a Don Sergio, pero no consta la forma. El requisito formal de la cara de despido es un requisito *ad solemnitatem*, cuyo incumplimiento da lugar a la improcedencia del despido.

Por otra parte, como ya se ha comentado, resulta obligatorio que la empresa realice una relación de las faltas del empleado, detallando la fecha y causa de las mismas, de forma que el afectado disponga de los datos suficientes para poder preparar la defensa en caso de no estar de acuerdo. De no darse, se genera una situación de indefensión para el empleado que determina la improcedencia del despido.

Otro requisito de forma incumplido es la notificación del día a partir del cual el despido comienza a tener efectos.

De estar ante un despido objetivo, tampoco se está poniendo a disposición del trabajador la indemnización correspondiente.

#### **c. Calificación jurídica**

En conclusión, tanto si las faltas están justificadas como si no, hecho que nos permite calificar la extinción como despido disciplinario o despido objetivo, no se cumple ningún requisito de forma lo que, inevitablemente, conlleva a la calificación del despido como improcedente.

## 2. ACCIONES LEGALES

Ante la decisión del empresario, los trabajadores siempre tienen la opción de impugnar. Los conflictos entre las partes del contrato de trabajo pueden ser resueltos extrajudicialmente o ante órganos judiciales. En el orden social es requisito previo el intento de conciliación. La conciliación previa es un procedimiento extrajudicial institucional en el que las partes, a través de un tercero, evitan el nacimiento de un litigio o ponen fin a uno ya surgido entre ellas. De no llegarse a un acuerdo, se acudirá a la vía judicial, donde se buscará la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo.

El titular del ejercicio de la acción de despido es el propio trabajador, pues solo él puede verse afectado. El ejercicio de esta acción caduca a los 20 días hábiles (todos menos sábados, domingo y festivos) siguientes a aquel en que se hubiera producido<sup>59</sup>.

Asimismo, hemos de tener en cuenta los plazos de prescripción<sup>60</sup>, dado que respecto a los trabajadores las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

El plazo para el ejercicio de la acción de despido presenta las siguientes especialidades:

- En el cómputo se excluyen los días inhábiles: festivos, domingos y sábados que medien entre la fecha del despido y la de la demanda.<sup>61</sup>
- Ciertos supuestos, como la presentación del acto de conciliación, suspenden temporalmente el plazo de caducidad.

Es importante conocer la fecha del despido pues es el día a partir del cual comienza el cómputo del plazo de caducidad. Para este cómputo ha de tenerse en cuenta que se inicia desde el día siguiente a la fecha efectiva del cese y no desde la notificación, cuando estas no coincidan. Es decir, si la efectividad del despido es posterior a la comunicación del mismo al trabajador, el *dies a quo* es el día siguiente a aquel en que toma efectos, no el del anuncio.<sup>62</sup>

La caducidad ha de examinarse con carácter previo a la calificación del despido, pues de haber transcurrido el plazo establecido, no cabría pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del mismo.

### 2.1. Doña Carmen

En el caso de Doña Carmen nos encontramos ante un despido disciplinario. En este, no consta la fecha a partir de la cual el mismo toma efectos, lo que supone un incumplimiento de los requisitos de forma. Según el artículo 55.2. ET, el empresario que incumpla alguna de estas formalidades podrá realizar un nuevo despido en el plazo de 20 días, contando a

---

<sup>59</sup> 59.3 ET

<sup>60</sup> 60 ET

<sup>61</sup> STS de 25 enero 2007. (RJ 2007\993)

<sup>62</sup> AGUSTÍ MARAGAL, J. Y OTROS: Despido 2015-2016: otras formas de extinción del contrato de trabajo, Francis Lefebvre, Madrid, 2015. P. 133



partir del día siguiente del anterior. Por tanto, la empresa podría realizar un nuevo despido en los 20 días siguientes al 22 de mayo de 2017.

Si la subsanación se produce en plazo, sustituye al primer despido que queda sin efecto. Con lo cual, podremos encontrar diversos escenarios. El primer despido es realizado el 22 de mayo. En los 20 días siguientes, la empresa podrá realizar un segundo despido subsanando los requisitos de forma y Doña Carmen podrá ejercer la acción de despido.

- Si la acción de despido es anterior a la subsanación de estos defectos, el despido será improcedente.
- Si se realiza un segundo despido antes de que Doña Carmen impugne, el primer despido quedará sin validez teniendo que reclamar la empleada obligatoriamente el segundo despido. Para esto dispondrá un plazo de 20 días desde la entrada en vigor del segundo despido.

## **2.2. Don Agustín**

En el caso de Don Agustín, los requisitos de forma en los que incurre la empresa no son subsanables.

El plazo para impugnar el despido es de 20 días desde el 22 de mayo, entendiéndose que la extinción del contrato es simultánea a su comunicación. El hecho de que sea un despido objetivo hace que sea necesario que la empresa conceda un plazo de preaviso. No consta que se haya cumplido este requisito por parte de la empresa pero, de ser así, el trabajador podría adelantar el ejercicio de la acción desde que le es notificada la decisión por la empresa.<sup>63</sup>

En conclusión, Don Agustín podría reclamar contra el despido desde el día en que recibe el preaviso de despido o, en caso de no concederse, desde el día que este se hace efectivo. El cómputo a efectos de caducidad sólo comienza a contar desde el momento en el que el despido se hace efectivo. Por tanto, dispone de 20 días como máximo para interponer la acción de despido desde que este se hace efectivo y, de serle concedido un plazo de preaviso dispondría, adicionalmente, de esos días.

## **2.3. Don Sergio**

Al igual que en los casos anteriores, Don Sergio dispone de 20 días desde el momento en que el despido se hace efectivo para impugnar esta decisión.

Si consideramos que estamos ante un despido disciplinario, al igual que en el caso de Doña Carmen, la empresa podría realizar un nuevo despido subsanando los defectos de forma, en el plazo de 20 días desde que el primer despido toma efecto y siempre y cuando sea esta quien detecte el incumplimiento legal y lo haga antes de la demanda por parte del trabajador. De no hacerlo en plazo, el despido será improcedente. De hacerlo, el trabajador dispondrá de otros 20 días desde que se hace efectivo para reclamar.

Si consideramos que estamos ante un despido por causas objetivas, al igual que en el caso de Don Agustín, los defectos de forma no son subsanables. Por tanto, dispone de 20 días

---

<sup>63</sup> AGUSTÍ MARAGAL, J. Y OTROS: Despido 2015-2016: otras formas de extinción del contrato de trabajo, Francis Lefebvre, Madrid, 2015. P. 568

como máximo para interponer la acción de despido desde que este se hace efectivo y, de serle concedido un plazo de preaviso dispondría, adicionalmente, de esos días.

### **3. INDEMNIZACIONES**

El derecho a indemnización de los trabajadores dependerá de la calificación jurídica otorgada al despido.

Si el despido disciplinario es procedente *queda acreditado el incumplimiento acreditado por el empresario en su escrito de comunicación*<sup>64</sup> dando la sentencia por extinguida la relación laboral, sin derecho a indemnización. Si la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas es procedente *queda acreditada la concurrencia de la causa en que se fundamenta la decisión extintiva y los requisitos de forma*, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista por la Ley y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.

Si el despido es improcedente, aquellos casos en los que el órgano judicial no considera probados los incumplimientos contractuales alegados o cuando los requisitos de forma no se encuentren cumplidos<sup>65</sup>, el empresario tendrá el derecho a elegir, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre readmitir al trabajador o entregar la indemnización correspondiente. La entrega de la indemnización supondrá la extinción del contrato de trabajo.

En el presente trabajo, hemos calificado los tres despidos como improcedentes, por tanto, las indemnizaciones que les corresponderían a cada uno serán las siguientes:

#### **3.1. Doña Carmen**

Al tratarse de un despido disciplinario la indemnización equivaldrá 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.<sup>66</sup>

#### **3.2. Don Agustín**

En el despido por causas objetivas la indemnización será de veinte días por año de servicio, prorrateándose los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.<sup>67</sup>

#### **3.3. Don Sergio**

Tal y como se ha expuesto, la justificación o no de sus ausencias encuadrará el supuesto en despido disciplinario o despido por causas objetivas. De ser el primero, la indemnización sería la misma que la de Doña Carmen, de ser el segundo, que la de Don Agustín.

En caso de que el empresario opte por la readmisión, el trabajador en el despido disciplinario tendrá derecho a los salarios de tramitación, que serán la suma de los salarios

---

<sup>64</sup> 55.4 ET, 108.1 LJS

<sup>65</sup> 55.4 ET, 108.1 LJS

<sup>66</sup> 56 ET

<sup>67</sup> 53.5 ET

dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia. En el caso de la readmisión en el despido por causas objetivas, el trabajador deberá reintegrar la indemnización.

El único caso en que el trabajador tiene la opción de elegir si ser readmitido u obtener una indemnización, es en el caso del despido improcedente de representantes legales de los trabajadores o delegados sindicales. En este caso, tanto si opta por la readmisión como por la indemnización, tendrá derecho a los salarios de tramitación correspondientes.<sup>68</sup> Como ya hemos visto, ninguno de estos tres trabajadores consta que sea representante legal o delegado sindical, por lo que, en todo caso, la decisión recaerá sobre el empresario.

Al margen de estas indemnizaciones previstas por la Ley, es probable que a los trabajadores también les sean de aplicación los pactos indemnizatorios.<sup>69</sup> Estos estarán en el contrato individual de trabajo o serán producto de la negociación colectiva.

#### **4. REINCORPORACIÓN AL PUESTO DE TRABAJO**

La posible reincorporación al puesto de trabajo sólo se da en dos situaciones: cuando el despido es nulo, que corresponde la readmisión inmediata del trabajador abonando los salarios de tramitación, o cuando el despido es improcedente pero el afectado es un representante de los trabajadores, se podrá optar entre la indemnización o reincorporación.

En el presente caso, no hay hechos que permitan calificar los despidos como nulos y tampoco estamos ante el despido improcedente de algún representante de los trabajadores. Por ello, nadie podrá exigir que se le reincorpore a su puesto de trabajo. No obstante, el empresario sí podría optar por esta opción de considerarlo oportuno. De hacerlo, se restablecerá la relación laboral y el empresario deberá abonar al trabajador los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia.<sup>70</sup> La readmisión ha de considerarse regular y válida cuando se restablezca el vínculo laboral en las condiciones que regían antes del despido, aunque no se hayan satisfecho los salarios, que podrán reclamarse en vía ejecutiva.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> 56.4 ET

<sup>69</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M.C; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*, Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2004. P. 744

<sup>70</sup> 56.1 ET

<sup>71</sup> STS 4 febrero 1995 (RJ 1995\3734)

## 5. CONCLUSIONES FINALES

En el presente caso hemos analizado la calificación jurídica y las consecuencias de tres despidos diferentes.

La conclusión a la que llegamos es que, en principio, en todos los supuestos parece que hay motivos suficientes para que el juez pueda dictar la improcedencia de los despidos. Por ello, la empresa debería elegir entre readmitirlos o pagar la indemnización correspondiente.

Los requisitos de forma exigidos por el Estatuto de los Trabajadores no son respetados en ningún supuesto. Si bien, algunos podrían ser subsanables por la empresa, elaborando un segundo despido dentro de los veinte días siguientes al primero, otros determinarían la improcedencia del despido. Los requisitos de forma buscan proteger al trabajador de forma que, de no estar de acuerdo con la decisión tomada por la empresa, disponga de los datos suficientes para poder defenderse. Por ello, se exige que la notificación se realice por escrito y que consten detalladamente los hechos en los que se motiva.

A efectos procesales, esta motivación también resulta fundamental. Imaginemos que todos los trabajadores impugnan la decisión extintiva y se acude a juicio, el juez siguiendo el principio *iura novit curia* sólo podrá actuar sobre los hechos que resulten probados. En este caso concreto, los únicos hechos que podrá valorar son los alegados en la carta de despido por lo que, de omitirse datos que resulten clave para la valoración del caso, la calificación será de improcedente. Un ejemplo lo vemos en el caso de Don Agustín, en la notificación que este recibe se detallan las faltas en las que incurre, sin embargo, en ningún momento se hace referencia a su calendario de días hábiles. Nosotros hemos hecho una presunción, de que cada mes tiene veinte para poder avanzar sobre el fondo del asunto, pero realmente, si en juicio estas jornadas se desconociesen, resultaría imposible verificar si las ausencias alegadas cumplen con los límites establecidos o no.

En caso de que los requisitos de forma no se cumpliesen, no necesitaríamos entrar a conocer del fondo de asunto. En el despido de Don Sergio estamos ante una situación de indefensión del empleado pues no se hace ningún tipo de relación de ausencias. En este caso, nos resultaría indiferente el hecho de que estas sean justificadas o injustificadas, pues sería improcedente tanto en un caso como en el otro.

De resultar cumplidas estas exigencias de forma, procedería evaluar la causa que motivó el despido. Esta, ha de ser real y suficiente para motivar el despido, en otro caso, resultará improcedente. A Doña Carmen se le reprocha una caída voluntaria y continuada en su rendimiento, pero, analizando detalladamente el caso llegamos a la conclusión de que obedece a una situación de incapacidad temporal en la que la afectada se encontraba. Por tanto, no cabe que el despido sea procedente puesto que se está justificando en hechos que no son reales. Diferente es el caso de Don Agustín, al cual se le rescinde el contrato por sus reiteradas faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes. En este caso, las ausencias sí que son reales, pero del cómputo de las mismas se extrae que no son suficientes como para que el despido objetivo resulte procedente.

Para terminar, resulta importante destacar la especial protección que la Ley prevé a las personas discapacitadas y a los representantes de los trabajadores. A pesar de que no encuadramos a los afectados en ninguno de esos supuestos, dejamos recogido el análisis de ambas figuras en nuestro trabajo, debido a las consecuencias que esto podría llegar a tener a la hora de calificar el despido.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGAL, J. Y OTROS: *Despido 2015-2016: otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

BAYLOS GRAU, A.: *Sindicalismo y derecho sindical*. Bomarzo, Albacete, 2009.

CAVAS MARTÍNEZ, F. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Thomson, Aranzadi ,Navarra, 2004.

CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016.

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

MOLERO MANGLANO, C.; SÁNCHEZ- CERVERA VALDÉS, J.M.; LÓPEZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup>; MATORRAS DÍAZ- CANEJA, ANA: *Manual de derecho del trabajo*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO. *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016

PALOMEQUE LOPEZ, M.C; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*, Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2004.

TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M.N.: *Manual de derecho sindical*, Comares, Albolote (Granada), 2009.

## **7. APÉNDICE LEGISLATIVO**

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

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

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

## **8. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

- STC, núm. 166/1988, de 26 septiembre. (RTC 1988\166)
- STS de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990/ 913)
- STS de 17 de mayo de 1991 (RJ 1991/ 3916)
- STS de 19 de enero de 1994 (RJ/1994/352)
- STS de 4 febrero 1995 (RJ 1995\3734)
- STSJ de Cataluña, núm. 1891/2000, de 28 febrero (AS/2000/1230)
- STSJ Cataluña, núm. 2996/2001, 2 de abril (AS/2001/2139)
- STS, 23 de septiembre de 2002 (RJ/2006/1923)
- STSJ de Cataluña, núm. 6082/2002, 26 de septiembre 2002, (AS 2002/3017)
- STS de 26 de julio de 2005 (RJ/2005/7147)
- STS de 5 de octubre de 2005 (RJ 2005/7790)
- STJCE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-23/05 (TJCE 2006,192)
- STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ/2011/238).
- TSJ Las Palmas, 25 de enero de 2011 (RS 204/2010)
- STJ Navarra, número 59/2011, de 23 de febrero (JUR 2011/229652)
- STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, núm 910/2012, de 29 de mayo (JUR/2012/299274)
- STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 3072/2013 de 30 de abril
- STS (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia 25 de noviembre de 2014 (RJ/2015/27)
- STS de 25 noviembre 2014 (RJ/2015/27)
- STSJ de Galicia, núm. 215/2014, de 19 de diciembre de 2014. (AS/2014/276)
- STS de 7 mayo 2015 (RJ/2015/2238),
- STS de 3 de mayo, núm. 366/2016 (RJ/2016/2152)
- STSJ de País Vasco, núm. 1282/2016, de 21 junio (AS/2016/2055)
- STS de 21 de septiembre, núm. 700/2017 (JUR/2017/257355)
- STJUE, 18 de enero de 2018, Caso Carlos Enrique Ruiz Conejero contra Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. y Ministerio Fiscal (JUR/2018/16903)

