

DESPIDO LABORAL POR ABSENTISMO

ALUMNO: NEREA BALEBONA CASTRO
TUTORA: PATRICIA FARALDO CÁBANA
4º CURSO, GRADO EN DERECHO

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5
I SUPUESTO: DOÑA CARMEN	6
1. ANTECEDENTES	6
2. DESPIDO DISCIPLINARIO: CONCEPTO, REQUISITOS Y FORMA	6
2.A. <i>Concepto</i>	6
2.B. <i>Requisitos</i>	7
2.C. <i>Forma</i>	7
3. CAUSALIDAD EN EL DESPIDO	9
3.A. <i>Disminución del rendimiento</i>	9
3.B. <i>Incapacidad temporal</i>	10
4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN LEGAL	12
5. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO	12
6. INDEMNIZACIÓN	14
7. READMISIÓN	15
8. CONCLUSIÓN	16
II SUPUESTO: DON AGUSTÍN	18
1. ANTECEDENTES	18
2. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS: CONCEPTO, REQUISITOS Y FORMA	18
2.A. <i>Concepto</i>	18
2.B. <i>Requisitos</i>	18
2.C. <i>Forma</i>	19
3. FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO	21
3.A. <i>Absentismo y cómputo de la prescripción</i>	22
4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN	24
5. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO	24
6. INDEMNIZACIÓN	26
7. READMISIÓN	27
8. CONCLUSIÓN	28

III SUPUESTO: DON SERGIO	29
1. ANTECEDENTES	29
2. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS: CONCEPTO, REQUISITOS Y FORMA	29
2.A <i>Concepto y requisitos</i>	29
2.C <i>Forma</i>	30
3. ABSENTISMO Y CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN	31
4. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL	32
5. EJERCICIO DE LA ACCIÓN	32
6. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO	33
7. INDEMNIZACIÓN	34
8. READMISIÓN	34
9. CONCLUSIÓN	35
REFLEXIÓN	36
BIBLIOGRAFÍA	37
ANEXO JURISPRUDENCIAL	39

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española de 1978
ET	Estatuto de los Trabajadores
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IT	Incapacidad Temporal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
RAE	Real Academia Española
rec.	Recurso
rcud.	Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina
SEPE	Servicio Público de Empleo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata sobre los despidos de tres trabajadores de la empresa CONTRATOPHONE S.A., despidos que analizaremos por separado, siendo el primero Doña Carmen, el segundo Don Agustín y como tercero y último Don Sergio.

Antes de explicar las características de los tres supuestos y entrar en materia de despidos, es importante hacer una breve mención al concepto de contrato de trabajo, ya que es la base del derecho laboral y el inicio de las tres relaciones laborales aquí explicadas.

La página web del Servicio Público de Empleo (SEPE)¹ dice de que un contrato de trabajo es un acuerdo entre empresario y trabajador por el que este se obliga a prestar determinados servicios por cuenta del empresario y bajo su dirección, a cambio de una retribución.

El artículo 1 del 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) dice: *“Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. 2. A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas “.*

Por tanto, el artículo 1 nos ofrece el ámbito de aplicación del ET, siendo así que se aplica a un trabajador que actúe por cuenta ajena y bajo la organización y dirección de otra persona denominada empresario. Se trata de una relación bilateral de la que nacen obligaciones en ambas partes.

Siguiendo estas características en los supuestos de Doña Carmen, Don Agustín y Don Sergio, comprobamos que son tres trabajadores por cuenta ajena y bajo la supervisión de CONTRATOPHONE S.A, por lo que la norma que se aplica es el ET.

A continuación, vamos a explicar de forma individual cada uno de los supuestos. Comenzaremos por Doña Carmen, en segundo lugar, explicaremos a Don Agustín y finalmente, a Don Sergio.

¹ https://www.sepe.es/contenidos/empresas/contratos_trabajo/caracteristicas_contrato/caracteristicas_contrato.html. Consultado el día 27 de diciembre de 2017.

I SUPUESTO: DOÑA CARMEN

1. ANTECEDENTES

Doña Carmen es empleada de la empresa CONTRATOPHONE S.A. junto con otros diecinueve compañeros, todos ellos, se encargan de la campaña “Primavera Fantástica” que tiene por finalidad la venta de unos servicios de telefonía.

El 2 de mayo sufre un accidente de tráfico que concluye en una incapacidad temporal que finaliza el 26 de mayo. Durante este periodo de incapacidad recibe una carta de despido, concretamente el día 22 de mayo, en la que se le comunica la rescisión del contrato de trabajo por su bajo rendimiento.

2. DESPIDO DISCIPLINARIO: CONCEPTO, REQUISITOS Y FORMA

Al alegar la empresa como causa de la rescisión del contrato de trabajo un bajo rendimiento, está llevando a cabo un despido disciplinario, a continuación explicaremos de que se trata y que requisitos debe tener un despido para que se pueda alegar el despido disciplinario.

2.A. Concepto

El despido disciplinario se regula en los artículos 49.1.k “*Extinción del contrato: k) Por despido del trabajador*” y 54 ET “*1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”.

Consiste en la resolución unilateral del contrato de trabajo por decisión de la empresa fundada en un incumplimiento previo del trabajador. Esta causa no opera automáticamente, sino que legitima al empresario para extinguir la relación laboral, esto quiere decir que el empresario puede tolerar el incumplimiento continuado en consecuencia del trabajador.

Como bien explica el artículo 54.1 ET se trata de un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador.

Este tipo de despido tiene los siguientes caracteres:

- a) Es indispensable que el contrato de trabajo se encuentre vigente, que se mantenga viva la relación laboral; no puede haber despido sin contrato de trabajo en vigor.
- b) El despido disciplinario es siempre individual. Debe ser dirigido directa y exclusivamente a un trabajador específico, por un incumplimiento concreto en él individualizado.
- c) Es una declaración de voluntad recepticia. Para que tenga efectos es preciso su comunicación al trabajador. Por ello, se exige un determinado proceso formal, la elaboración de una carta de despido y su notificación fehaciente al trabajador. De hecho, el defecto de forma tendrá importantes repercusiones en la calificación del despido, determinando su improcedencia.
- d) El despido debe producirse dentro de un lapso temporal desde que advirtió el incumplimiento; así, transcurridos 60 días desde que se tuvo conocimiento del incumplimiento o, en todo caso, a los 6 meses de su comisión, la falta prescribe (art. 60.2 ET).

- e) Su viabilidad viene determinada por un presupuesto causal: lo característico de este despido es su fundamento disciplinario, es la manifestación del poder sancionador del empresario frente aun incumplimiento previo del trabajador.²

Aunque el despido no se base en una causa legal, surte efectos extintivos inmediatos, puesto que la decisión del empresario está dotada de ejecutividad por sí misma. Y ello a pesar de la calificación que reciba durante el proceso si el trabajador desea impugnarlo. La consecuencia inmediata es que la relación laboral finalizó y, por tanto, los derechos y obligaciones que hubiera entre las partes, con la excepción de los pactados para el periodo postcontractual.³

2.B. Requisitos

Los requisitos vienen regulados en el artículo 54 ET y son los siguientes: “a) *Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.* b) *La indisciplina o desobediencia en el trabajo.* c) *Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.* d) *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.* e) *La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.* f) *La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.* g) *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.*”

En este caso concreto, la empresa CONTRATOPHONE S.A. alega el apartado e) “*La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*”, pero, como veremos a continuación, los términos imputables al trabajador no pueden ser tan ambiguos que puedan desembocar en indefensión por parte del trabajador.

2.C. Forma

Cuando un empresario despide a un trabajador tiene que remitirle una comunicación por escrito, es lo que se conoce como carta de despido. La carta de despido es una de las exigencias que recoge el artículo 55.1 ET “*El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos*”.

Consiste en la comunicación escrita a través de la cual el empresario notifica al trabajador la extinción de su contrato de trabajo. Sin embargo, no es necesario que sea una carta en sentido estricto, pudiendo utilizarse cualquier tipo de comunicación escrita, por ejemplo: fax, correo certificado o acudir a la comunicación notarial.⁴

² SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS J. M.: “El Despido Disciplinario”, en AA VV, *Manual del Derecho del Trabajo*, (MOLERO MANGLANO C., Dir.) Tirant lo Blanch, 2017, pp. 707 y 708

³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 69

⁴ LÓPEZ ALVAREZ, M. J.: “Carta de despido”, en AA VV, *Diccionario jurídico*, (FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ F., Coord.) Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., 2009, p. 191

La carta de despido tiene que cumplir unos requisitos formales, dichos requisitos vienen recogidos en la jurisprudencia, concretamente en el fundamento tercero de la sentencia del TS Sala 4º de 12 de Mayo de 2015 rec. 1731/2014 (EDJ 2015/80844) y son los siguientes:⁵

a) La comunicación escrita al trabajador y la expresión de la "causa" "indudablemente han de ser los mismos que se exigen para el despido disciplinario debiéndose entender que la expresión «causa» en este precepto utilizada es equivalente a «hechos» a los que se refiere el art. 55.

b) En interpretación del art. 55 ET, en el que se establece que « el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos », se declara por nuestra jurisprudencia -Sentencias de 11 marzo 1986, 20 octubre 1987 y 8 febrero 1988 ⁶-, que esta exigencia " aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa.

c) Respecto a la necesidad de comunicación clara escrita al trabajador expresando la causa, es doctrina reiterada de esta Sala IV contenida entre otras, en la STS de 1-julio-2010 (rcud. 3439/2009) que reproduce la de 30-marzo-2010 (rcud. 1068/2009) que señala que: "El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET , a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET (al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo) las "causas motivadoras" (art. 51.3 ET , art. 51.4 ET , art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota.

A la vista de la teoría explicada, podemos comprobar que Doña Carmen fue despedida de forma disciplinaria a causa de su bajo rendimiento, pues es lo que alega la empresa. No se cumplen las formalidades exigidas por el ET ni por la jurisprudencia, porque la carta no esta suficientemente motivada y la trabajadora puede caer en caso de indefensión.

⁵ Estos requisitos se muestran en más sentencias como: TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-7-2005, nº 6357/2005, rec. 3073/2005 (EDJ 2005/238591) y TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) Sala de lo Social, S 19-9-2000, rec. 533/2000 (EDJ 2000/42484)

⁶ Tribunal Supremo Sala 4ª, S 11 de Marzo de 1986 (EDJ 1986/1885), Tribunal Supremo Sala 4ª, S 20 de Octubre de 1987 (EDJ 1987/7532) y Tribunal Supremo Sala 4ª, S 8 de Febrero de 1988 (EDJ 1988/1021)

3. CAUSALIDAD EN EL DESPIDO

Desde siempre el trabajador estuvo bajo la dirección y supervisión del empresario, y aun en la actualidad el ET así lo indica, cuando dice que la relación laboral debe hacerse bajo la organización y dirección del empresario. De esto se deduce que la esencia de la relación empresario trabajador es fundamentalmente económica y por ello el trabajador se encuentra en una situación de desigualdad frente al empresario. No es extraño que el legislador haya querido constituir un límite a la autonomía de la voluntad del empresario, ¿y cómo lo constituye? pues sin duda condicionando la resolución del contrato de trabajo a la causalidad del despido.⁷

Esto quiere decir, que el ET nos aporta unos supuestos en los que un empresario puede despedir a alguno o algunos de sus trabajadores de forma legítima, siempre y cuando cumpla las formalidades que anteriormente hemos explicado.

3.A. Disminución del rendimiento

La disminución del rendimiento es causa de un despido disciplinario, se regula en el art. 54.2.e) que señala la siguiente conducta *“La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.”*

Esta causa que aparentemente es clara, en la práctica es muy difícil probarla porque ¿cómo se puede cuantificar el rendimiento o una disminución? En realidad no hay una respuesta directa y sencilla para ello, por ejemplo, en el caso de un artista no existe una fórmula para saber si disminuye su rendimiento.

Si bien es cierto, que en el caso que nos atañe podríamos cuantificar la disminución en las ventas, es decir, tomar una media de las ventas realizadas por Doña Carmen y compararla con el periodo de tiempo en el que creemos que no fue tan productiva. Pero esto nos lleva a dos preguntas, en primer lugar, el ET dice que tiene que ser un rendimiento voluntario, entonces la solución dada (realizar una media de las ventas) ya no sería totalmente fiable por la siguiente cuestión, podría ser que la media obtenida se produzca en un periodo de muchas ventas, como podría ser la campaña de navidad o el periodo de rebajas o que se produzca en un periodo bajo. Con esto me refiero a que para calcular la media de las ventas de un trabajador tendría que calcularse con las mismas características en ambos periodos y esto en el mercado es muy difícil que se produzca.⁸

La jurisprudencia ha dictaminado que el término de comparación es indispensable para plantearse la procedencia del despido, pues sin este término es claramente un despido improcedente. En concreto la sentencia del TSJ de Madrid de 2013 expone que *“A tales efectos, la doctrina inveterada del Tribunal Supremo viene exigiendo que aparte de la voluntariedad y gravedad objetiva del incumplimiento y de su continuidad, que éste sea voluntario y su realidad pueda apreciarse a través de un elemento de comparación que opere dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes (rendimiento pactado) o en función*

⁷ TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 59.

⁸ GOMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 147-157.

del que deba considerarse debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo conforme al artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores (rendimiento normal), y cuya determinación remite a parámetros que, siempre dentro de la necesaria relación de homogeneidad, pueden vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otros compañeros de trabajo.”⁹

Ante la complejidad probatoria de esta causa, los empresarios fundamentan sus despidos en las demás causas del punto dos como impuntualidad, desobediencia etc.

En segundo lugar, a raíz del término voluntario no se puede dejar de hacer algo si no estás presente, con esto quiero decir, que si Doña Carmen tenía reconocida una incapacidad temporal no es posible que voluntariamente disminuya su rendimiento, puesto que no se encuentra en su puesto de trabajo.

3.B. Incapacidad temporal

Al tener una incapacidad temporal (en adelante IT) Doña Carmen es importante saber qué es y cómo se concede para entender en realidad por qué la trabajadora no estaba en su puesto de trabajo.

Una IT es un subsidio diario que cubre la pérdida de rentas, mientras el trabajador está imposibilitado temporalmente para trabajar y recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social.¹⁰

El 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 (en adelante, LGSS), en su artículo 169 explica en qué supuestos se puede tramitar: *“Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:*

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

2. A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en la letra a) del apartado anterior, y de su posible prórroga, se computarán los períodos de recaída y de observación.

Se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.”

⁹ STSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, S 26 de Junio de 2013, nº 479/2013, rec. 58/2013 (EDJ 2013/173651)

¹⁰ http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondelIncapac44667/index.htm

Consultado el día 26 de enero de 2018.

Así pues, para que exista legalmente IT, es preciso que se den las siguientes circunstancias: a) En primer lugar, que el trabajador esté impedido temporalmente para el trabajo por causa de una alteración de su salud. b) En segundo lugar, que la causa de la IT sea una enfermedad (común o profesional) o un accidente (común o de trabajo). c) En tercer lugar, que el trabajador reciba asistencia sanitaria de los Servicios Públicos de Salud.¹¹

El derecho al subsidio nace:

- En caso de enfermedad común o accidente no laboral, desde el cuarto día de la fecha de baja en el trabajo.
- En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.
- El derecho al subsidio no nace durante las situaciones de huelga o cierre patronal.

La jurisprudencia nos muestra algunos de los casos en los que se ha concedido una IT por ejemplo cuando un trabajador sufre una lesión en el brazo por un arma blanca, al igual que en nuestro caso la IT se produjo por un accidente no laboral. Por ejemplo el TSJ de Cataluña¹² declaró reconocida la incapacidad temporal a un trabajador por haber sufrido un accidente de trabajo.

A continuación de forma sucinta voy a explicar el proceso para la concesión de una IT. Dicho proceso lo aclara la página web de la Seguridad Social¹³, comienza cuando el trabajador sufre una enfermedad común o un accidente no laboral desde el cuarto día, o si se produce por accidente de trabajo o enfermedad profesional desde el día siguiente al de la baja. Desde su inicio hasta el cumplimiento de los 365 días que marca el apartado a) del artículo 169 LGSS, el Servicio Público de Salud, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, las empresas colaboradoras extenderán los partes médicos de baja, de confirmación de baja o de alta. Sin embargo el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS), puede otorgar el alta a todos los efectos, siempre que se encuentre dentro del periodo de los 365 días. En caso contrario, una vez transcurridos los 365 días, solo tiene competencia para reconocer la prórroga, emitir el alta, iniciar el proceso de incapacidad permanente o iniciar una nueva baja el INSS.

El proceso es mucho más complejo de lo que aquí he explicado pero no es en si relevante detenerse a explicarlo en profundidad pues lo que quiero demostrar es que Doña Carmen no faltó al trabajo porque quisiese, sino porque al haber sufrido un accidente de tráfico no estaba capacitada para trabajar por las lesiones causadas y una IT no se concede al azar sino que requiere de los informes competentes de los respectivos profesionales. Además, recordemos que el trabajador es el primer perjudicado, pues su salud se encuentra mermada, ya sea por un accidente laboral o no.¹⁴

¹¹SALAS FRANCO T.: “La incapacidad temporal”, en AA VV, *Derecho de la Seguridad Social*, (ROQUETA BUJ R. Y GARCÍA ORTEGA J. Dir). Tirant lo Blanch, 2017, p. 263

¹² TSJ Cataluña Sala de lo Social, S 18 de Diciembre de 2000, nº 10378/2000, rec. 1036/2000 (EDJ 2000/72693)

¹³ http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondelIncapac44667/index.htm
Consultado el día 26 de enero de 2018.

¹⁴ TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, op. cit., p 192.

Esto nos lleva a plantearnos la calificación del despido que produjo la empresa, pues si Carmen no se encontraba en su puesto de trabajo no es posible que hubiese disminuido voluntariamente su rendimiento, por lo que al no poder fundamentar el despido en esta causa no podemos hablar de despido disciplinario.

Entonces, si no se trata de un despido disciplinario y tampoco de un despido procedente pues no hay causa legal, solo nos queda pensar que se trata de un despido improcedente y para saber si realmente encaja este supuesto expondré el concepto de despido improcedente.

4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN LEGAL

El proceso laboral se rige por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. (en adelante LRJS).

Para que una persona pueda ejercer sus acciones ante la jurisdicción social, se exige que tenga capacidad y legitimación. La capacidad se encuentra regulada en el artículo 16 LRJS, en su primer punto nos dice *“Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”*.

En cuanto a la legitimación, la LRJS en su artículo 17 expone *“Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes”*.

Atendiendo a estos dos requisitos, comprobamos que Doña Carmen puede ejercer sus derechos. Posee plena capacidad y tiene un interés legítimo, basado en la relación laboral con la empresa CONTRATOPHONE S.A.

Para impugnar el despido disciplinario tenemos que dirigirnos al artículo 103 LRJS *“El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional”*.

Así pues, Doña Carmen tiene un plazo de veinte días hábiles para ejercer su acción contra la empresa.

5. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

Doña Carmen cuando ejercita la acción para impugnar el despido, lo primero que debe pedir es la nulidad del mismo.

¿Qué motivos puede alegar Doña Carmen para que el Juez le conceda la nulidad? La calificación de nulidad procede cuando se basa en una causa de discriminación, cuando se vulnera algún derecho fundamental recogido en la Constitución española (en adelante CE) o cuando el despido se produce en los supuestos de ejercicio de los derechos de conciliación con la vida familiar previstos en el artículo 55.5, párrafo segundo, ET, y en el artículo 108.2, párrafo segundo, LRJS.¹⁵

¹⁵ GARCÍA PERROTE ESCARTIN I.: *Manual de de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 676

En el caso de Doña Carmen se vulnera el derecho a la salud, artículo 43 CE “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.” y poniéndolo en relación con el artículo 15 CE “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral “

La razón de esto, es que cuando se produce el despido de Doña Carmen se encontraba en una IT, su salud estaba mermada y la empresa utilizando el despido disciplinario la despide. Un trabajador cuando se encuentra en una situación de IT tiene derecho a recuperarse y volver al trabajo.

Subsidiariamente, Doña Carmen debe pedir la improcedencia del despido.

Un despido es declarado improcedente cuando la extinción del contrato no es legítima porque no se ha justificado adecuadamente, ya sea porque no se acreditan los incumplimientos o estos no revisten especial gravedad, o bien se han incumplido los requisitos formales exigidos legal o convencionalmente para llevar a cabo el despido.

Por tanto es un concepto residual, es decir, se declara improcedente un despido cuando no cabe la posibilidad de que sea nulo o procedente. Así lo demuestra la jurisprudencia cuando dice “*en la definición legal de despido improcedente se integran todos los supuestos no comprendidos en las otras dos calificaciones.*”¹⁶

Esta sentencia asentó doctrina sobre el concepto de despido improcedente y su importancia es de gran envergadura pues se sigue utilizando en sentencias actuales como por ejemplo la sentencia del TSJ de Cataluña del 14 de febrero de 2007¹⁷.

La declaración de improcedencia lleva aparejados unos efectos, el empresario puede optar por la extinción y pagar la correspondiente indemnización u optar por la readmisión, estos efectos los explicaremos más adelante.

En vista de lo aportado, la calificación del despido de Doña Carmen es de un despido nulo, debido a que su derecho a la salud se vulnera. Y si no se califica como tal, es un despido improcedente, puesto que ha quedado demostrado que la trabajadora no se encontraba en su puesto de trabajo debido a tener reconocida una IT y por tanto no puede producirse una disminución voluntaria del trabajo. Además, la carta de despido no está lo suficientemente motivada. La empresa habla de que se produjeron unas advertencias de las que no aportan ninguna referencia ni documento, habla también de la media de los compañeros sin revelar cuál es esa media y por último, dice que lo previsto para la campaña era una media de 20 productos, pero tampoco aportan que Doña Carmen tuviera conocimiento de ello o que figurase en el contrato de trabajo.

Como último alegato para la improcedencia, el accidente de tráfico que sufre Doña Carmen podría ser un accidente *in itinere* si se produjo cuando se dirigía a su lugar de trabajo. Que el accidente sea *in itinere* conlleva que es un accidente laboral y por tanto el despido también sería improcedente, pues las faltas al trabajo por accidente laboral no se computan. (Artículo 52.d)

¹⁶ STS Sala 4ª de 19 de Enero de 1994, rec. 3400/1992 (EDJ 1994/242)

¹⁷ TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 14 de Febrero de 2007, nº 1291/2007, rec. 8209/2006 (EDJ 2007/82508)

6. INDEMNIZACIÓN

En primer lugar, si finalmente se declara la nulidad del despido, el trabajador tiene derecho a pedir una indemnización por los daños causados.

En segundo lugar, en cuanto a la improcedencia del despido, mencionamos que surten unos efectos: la posibilidad de recibir una indemnización o la readmisión.

En esta pregunta trataré la posibilidad que tiene Doña Carmen de recibir la indemnización.

La RAE define indemnización como una acción que consiste en resarcir un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica. Si aplicamos esta definición al supuesto de Doña Carmen, entendemos que el daño producido es el despido y si continuamos con la definición le correspondería una compensación económica.

Sin embargo, para saber si por la declaración de improcedencia tiene derecho a una indemnización no nos vale con acudir a la RAE, pues en materia de Derecho Laboral debemos acudir al ET.

En su artículo 56.1 el ET dice *“Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”*

Por tanto el empresario tiene dos opciones, la indemnización que conllevaría la extinción del contrato y la readmisión que hablaremos de ella en la siguiente pregunta.

Además de acudir al ET, también debemos detenernos a ver a que nos dice la LRJS sobre la indemnización por causa de un despido improcedente. Pues bien, el artículo 110 dice *“1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:*

a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112.

b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.

c) En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.

2. En caso de que se declarase improcedente el despido de un representante legal o sindical de los trabajadores, la opción prevista en el número anterior corresponderá al trabajador.

3. *La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia.*

4. *Cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha.”*

Como podemos observar, no pone en duda el derecho a la indemnización siempre que se opte por la extinción del contrato de trabajo, pero menciona algunas particularidades como que en el acto de juicio el empresario puede adelantar su opción entre readmisión o indemnización; también menciona que si no es posible realizar la readmisión se puede acordar en la propia sentencia la opción de indemnización extinguiendo la relación entre empresario y trabajador.

Brevemente vamos a hablar del cálculo, la indemnización mínima legal se calcula tomando como base el salario recibido por el trabajador en la fecha del despido en términos brutos, es decir, el salario diario. El salario diario se obtiene dividiendo el salario total anual entre 365/366 días.

7. READMISIÓN

Al igual que en el apartado anterior explicamos que si se declara la nulidad del despido, el trabajador tiene derecho a pedir una indemnización por los daños. También procede la readmisión automática como dice el artículo 113 LRJS *“Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”*.

Sin embargo, cuando se declara la improcedencia de un despido se puede optar a la indemnización y por ello la extinción del contrato u optar por la readmisión.

El derecho a la indemnización ya lo hemos explicado por lo que ahora vamos a explicar la readmisión.

La readmisión implica el restablecimiento del vínculo laboral roto por el despido, bien porque ha sido declarado nulo o bien porque en la improcedencia se optó por la misma en lugar de por la extinción. En ambos casos la relación laboral no debía haberse interrumpido y por ello el trabajador no solo debe reincorporarse sino que debe ser restituido en los salarios dejados de percibir entre el despido y la readmisión.¹⁸

En primer lugar vamos a remitiros al ET, concretamente, al artículo 56.2 que expone lo siguiente *“En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.”*

¹⁸ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS J.M: *Manual del Derecho del Trabajo, op. cit.*, p.737.

Además de referirnos a este artículo también el ET nos dice en el punto siguiente “3. *En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.*”

Si el empresario escoge la opción de readmisión tiene que ser en las mismas condiciones en las que se encontraba el trabajador antes de la fecha de efectiva extinción del contrato de trabajo, y tiene derecho a percibir, como hemos dicho con anterioridad, a los salarios dejados de percibir, los denominados salarios de tramitación.¹⁹

El empresario deberá comunicar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, la fecha de su reincorporación para efectuarla en un plazo no inferior a tres días, artículo 278 LRJS “*Cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito. En este caso, serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado*”.

De no procederse voluntariamente a la readmisión, trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo en el plazo de 20 días del artículo 279 LRJS, plazo que será de prescripción, no de caducidad.

8. CONCLUSIÓN

Este supuesto muestra el despido de la trabajadora Doña Carmen por parte de la empresa CONTRATOPHONE S.A.

La trabajadora recibió el día 22 de mayo la carta de despido por la que se le notifica la rescisión de su contrato debido a la bajada de rendimiento que se muestra de forma continuada y voluntaria.

A la vista de lo explicado, al alegar la empresa un bajada de rendimiento continuado y voluntario se produce un despido disciplinario, fundado en el 54.e) ET.

Como hemos demostrado la trabajadora no se encontraba en su puesto de trabajo por causa de tener reconocida una IT por haber sufrido un accidente trabajo. Al no encontrarse la trabajadora en su lugar de trabajo, no es posible que se produzca un bajo rendimiento, ya que no hay rendimiento computable.

Por ello, es preciso que Doña Carmen pida que se califique como nulo el despido, pues la empresa está enmascarando el despido bajo la forma de un despido disciplinario.

Subsidiariamente. debe pedir la improcedencia del despido por los siguientes motivos: en primer lugar, la carta de despido no está suficientemente motivada, en segundo lugar, la causa que alega la empresa ha quedado demostrado que no se produce y por último, la posibilidad de que el accidente sufrido sea un accidente laboral.

¹⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, op. cit., p. 91

Al no tratarse de un representante legal, ni se nos dice que lo hayan pactado, el derecho a decidir entre la readmisión y la indemnización recae sobre la empresa CONTRATOPHONE S.A., en el plazo de 5 días.

Si no se decide por ninguna, se entiende que procede la primera opción, es decir, la readmisión. De ambas opciones, nacen las respectivas consecuencias: de la indemnización, se produce la extinción del contrato de trabajo y Doña Carmen percibirá una indemnización de treinta y tres días por año de servicio. De la readmisión, CONTRATOPHONE S.A. tiene que reincorporar a Doña Carmen en el mismo puesto, y con las mismas condiciones en las que se encontraba, antes de producirse el despido y tendrá derecho a los salarios de tramitación.

II SUPUESTO: DON AGUSTÍN

1. ANTECEDENTES

Don Agustín es trabajador de la empresa CONTRATOPHONE S.A, el objetivo de la empresa es la venta de unos servicios de telefonía a unos clientes concretos en la campaña “Primavera Fantástica”.

El 22 de mayo se le notifica mediante carta la rescisión del contrato, la empresa funda el despido en que tuvo 21 faltas de asistencia en 80 jornadas correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 2016 y en los meses de marzo y abril de 2017, aunque Don Agustín presentó justificante médico de todas ellas.

2. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS: CONCEPTO, REQUISITOS Y FORMA

2.A. Concepto

Una de las formas que señala el ET para rescindir un contrato es “*por causas legalmente procedentes*”, artículo 49.1 ET. Tales causas aparecen recogidas en el art. 52 ET donde se mencionan hasta cinco razones o motivos que sirven a la empresa para fundamentar una decisión extintiva.²⁰

El despido por causas objetivas consiste en la resolución del contrato de trabajo por voluntad del empresario fundada en la concurrencia de circunstancias objetivas y sobrevenidas, que no resultan imputables a las partes, pero que hacen que el contrato resulte excesivamente oneroso.²¹

Se caracteriza porque no se basa en un incumplimiento del trabajador, sino de una serie de causas de las que ni el trabajador ni la empresa son culpables.

2.B. Requisitos

Como bien dice el ET este tipo de despido debe ir justificado en unas circunstancias objetivas y sobrevenidas, no se trata de un incumplimiento por las partes, sino que por las circunstancias el contrato no resulta viable económicamente para el empresario.

Estas causas nos las ofrece el artículo 52 ET y son:

- Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.
- Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.

²⁰ ALTÉS TARREGA J.A.: *El despido objetivo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 10

²¹ LÓPEZ ALVAREZ, M. J.: “El despido objetivo”, en AA VV, *Diccionario Jurídico*, (FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ F., Coord.) Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., 2009, p. 498

- Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 ET y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.
- Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.
- En el caso de contratos por tiempo indefinido, concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas, mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

En el supuesto de Don Agustín la causa que alega la empresa es no haber acudido a su trabajo en veintiún días, sin embargo, todas esas inasistencias fueron justificadas por su médico, y es por esto por lo que hablamos de un despido por causas objetivas, pues si las faltas de asistencia no estuvieran justificadas tendríamos que hablar de un despido disciplinario.

Aunque ambas figuras traten sobre las faltas de asistencia de un trabajador, son muy distintas. En el despido disciplinario la conducta sancionada requiere la concurrencia de una voluntad explícita del trabajador en dejar de acudir al trabajo sin justificación alguna que disculpe su comportamiento. Además, desde el punto de vista técnico, en el despido disciplinario se exige que las faltas de asistencia sean repetidas, mientras que en el despido por causas objetivas únicamente se precisan que sean faltas intermitentes.²²

2.C. Forma

En cuanto a la forma que debe regir el despido por causas objetivas debemos acudir al artículo 53 ET “1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa. b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva. c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.”

²² ARIAS DOMINGUEZ A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*. Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 205 y 206

Así pues, deben darse tres formalidades, por un lado, debe comunicarse al trabajador el despido expresando la causa en la que se fundamenta. Esta comunicación escrita se denomina carta de despido y no solo debe incluir la causa sino que también es fundamental la inclusión de la fecha. Estos dos requisitos (causa y fecha) de la carta de despido no se exigen al azar sino que tienen importantes consecuencias en el trabajador.

En primer lugar, el fundamentar el despido en una causa y que esta se recoja por escrito facilita la defensa del trabajador, porque de esta manera conoce de forma clara y concisa los hechos que motivaron el despido y podría impugnarlo en los tribunales. En segundo lugar, conocer la fecha en la que finalizó el despido ayuda a que no caduque su acción y de igual modo, recurrir a los tribunales para su impugnación. Es obvio que la importancia de estos dos requisitos es enorme pues no olvidemos que la Constitución recoge en el artículo 24 *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”*

Sin embargo el empresario debe asegurarse que la carta de despido llega a manos del trabajador, basta con que demuestre que adoptó las medidas necesarias para que llegase al conocimiento del trabajador. Pero cabe la posibilidad que el trabajador no quiera recoger la carta, por ejemplo negándose a firmar la notificación se entiende que la comunicación está consumada, es decir, que la carta extiende sus efectos. Así lo avala la jurisprudencia *“Desde luego que, como esta Sala ha determinado ya con anterioridad, en Sentencia de 12 de diciembre de 2000 EDJ 2000/65542 - /01 -, en cualquier caso, la negativa del trabajador a recibir la carta de despido, excusa a la empresa de intentar otro tipo de notificación, entendiéndose que la notificación rehusada por parte del trabajador no invalida la misma”*²³

En cuanto al inicio del cómputo hay que hacer algunos matices, puede ser que la carta de despido llegue con posterioridad, anterioridad o al mismo momento en cesa de manera efectiva la prestación de servicios por parte del trabajador.

Si la carta se recibe con posterioridad a la extinción efectiva el cómputo de caducidad, se iniciará el día de recepción de la carta, en este supuesto se sigue la teoría de la recepción siempre que la relación no finalizase *de facto* antes.

La teoría de la recepción consiste en que la comunicación llegó al destinatario y este puede conocer el contenido de la voluntad extintiva, y así, poder impugnarlo judicialmente. Esta definición nos la manifiesta la jurisprudencia.²⁴

En cambio, si se recibe con anterioridad la recepción de la carta, el cómputo del plazo de caducidad empezará a correr el día siguiente a aquel en que finalice la prestación de servicios. Y como último supuesto, si la recepción de la carta y la finalización de la prestación se realizan simultáneamente el *dies a quo* es el día siguiente.²⁵

²³ TSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, S 10 de Octubre de 2006, nº 2414/2006, rec. 1736/2006 (EDJ 2006/406247)

²⁴ TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 10 de Noviembre de 2006, nº 7783/2006, rec. 1097/2005 (EDJ 2006/420107) y TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, S 10 de Febrero de 2000, nº 82/2000, rec. 5553/1999 (EDJ 2000/19823)

²⁵ ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*. Tirant Monografías, Valencia, 2007, p. 180 a 183

Continuando con el artículo 53 ET y habiendo explicado el requisito de la comunicación escrita, otra de las exigencias es la entrega de la indemnización de veinte días por año de servicio. Esta indemnización le corresponde como hemos visto, al trabajador que es despedido por causas objetivas, pero si el despido se declarase improcedente, esta indemnización tendrá que devolverla en la caso de que se le readmita o se compensará con la que le corresponda por la improcedencia. Por último, y no menos importante, se le exige al empresario que comunique al trabajador la extinción con un preaviso de 15 días desde la comunicación escrita hasta la efectiva finalización.

Después de haber explicado la teoría debemos aplicarla al caso de Don Agustín. La empresa procedió a la extinción de la prestación de servicios por la vía del despido por causas objetivas puesto que motivó el despido en las faltas de asistencia al trabajo, falta que están justificadas por el médico, por lo que descartamos el despido disciplinario como explicamos anteriormente. Otra cuestión es si se cumplieron los requisitos de forma que la ley exige, en cuanto a la carta de despido no se ha comunicado en que días se produjeron las faltas de asistencia ni con que guardan relación. Además, no se puso a disposición, junto con la carta de despido, la indemnización de veinte días por año que le corresponde a Don Agustín, al tratarse de un despido por causas objetivas.

3. FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO

La primera apreciación que debemos hacer es que se trata de inasistencias al trabajo justificadas, este matiz es el que marca la diferencia respecto al despido disciplinario que recordemos se regula en el art. 54 ET y dice *“Se considerarán incumplimientos contractuales: a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.”*

Aunque no todas las faltas de asistencia se tienen en cuenta para el cálculo, aquellas que se encuentran excluidas son: *“las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.”* (art. 52.d ET)

En mi opinión, el legislador excluyó estos supuestos debido a la importancia y en algunos casos la gravedad que tienen, como por ejemplo un tratamiento de cáncer. Por otro lado, las faltas de asistencia por embarazo, lactancia y demás aspectos relacionados tampoco pueden ser causa de despido ya que el despido sería nulo. En aspectos generales ya que no nos concierne estrictamente al caso, un despido puede considerarse nulo cuando la extinción del contrato se funde en un motivo de discriminación, o en la vulneración de algún derecho fundamental de la constitución, o por último, cuando guarde relación con los derechos reconocidos al trabajador por motivos familiares.

3.A. Absentismo y cómputo de la prescripción

En realidad cuando hablamos de las faltas de asistencia al trabajo estamos hablando de lo que se conoce como absentismo.

Aunque las faltas son justificadas por un facultativo como es en este caso, supone igualmente un perjuicio para el empresario, ya que no obtiene la correspondiente productividad de ese puesto de trabajo, mientras que el empresario sigue soportando los costes directos e indirectos que se deducen de la relación laboral.²⁶

No hay que olvidar que para que se active esta forma de extinción tienen que darse un número reiterado de faltas, una única falta nunca activaría este procedimiento. Además, como explicamos antes, no todas las faltas justificadas computan para esta forma de finalización de la relación contractual.²⁷

Metiéndonos en materia del cómputo de la prescripción, es esencial saber si realmente Don Agustín cumple el número de faltas exigidas para que este despido se pueda calificar como procedente, o si por el contrario no cumple el número de faltas estaríamos ante un despido improcedente.

El artículo 52.d ET recordemos que dice *“Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.”*

Vamos a desmenuzar este párrafo para ver si se dan los supuestos. En primer lugar nos habla de faltas justificadas, sabemos que el trabajador siempre aportó un justificante médico, por lo que si se cumpliría el primer requisito.

En segundo lugar, nos habla de faltas intermitentes, Don Agustín faltó:

- En octubre de 2016, se ausentó 3 días durante la primera semana por un fuerte dolor de cabeza y en la tercera semana se ausentó 2 días por una gastroenteritis.
- En noviembre de 2016, inició proceso de IT por bronquitis, no acudiendo al trabajo por 6 días.
- En marzo, se ausentó 4 días por una reacción alérgica.
- En la primera semana de abril, se ausentó 4 días por fuertes dolores de cabeza y vómitos y en la última semana se ausentó 2 días debido a ingreso en el hospital por un tratamiento de cáncer.

Queda comprobado que las faltas se produjeron de forma intermitente, pues se dan en dos años y en diferentes meses de los respectivos años.

Una vez hecha la comprobación de los dos primeros requisitos, tenemos que calcular si las faltas de asistencia de Don Agustín son suficientes para cumplir los porcentajes que nos da el art. 52 ET.

²⁶ ARIAS DOMINGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., p. 201.

²⁷ MERCADER UGUINA J.M: “La extinción del contrato de trabajo (I). El despido”, en AA VV, *Lecciones de derecho del trabajo*, (MERCADER UGUINA J.M Dir.) Tirant lo Blanch, 2017, pp. 605 y 606.

Sin embargo, para saber si se da el número de faltas debemos saber cual es el *dies a quo* para la prescripción de la acción de despido y el *dies ad quem* para la consideración del periodo de referencia de las faltas imputables a efectos del despido. Para dilucidar estas cuestiones nos dirigimos a la jurisprudencia, concretamente a una sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de Abril de 2016, nº 2377/2016, rec. 1082/2016 (EDJ 2016/72240).

La sentencia trata sobre una señora a la que han despedido por faltar repetidas veces al trabajo, estas faltas fueron consecuencias de unos periodos de IT, por lo que son faltas justificadas. Se trata entonces de un despido por causas objetivas y las cuestiones que se discuten es sobre cual es el plazo de prescripción de la acción de despido, que fecha se toma como punto final para considerar las faltas de asistencia y la validez de los documentos aportados.

En el fundamento segundo trata la prescripción y el cómputo. En primer lugar se cuestiona cual es la norma aplicable a la prescripción, si es de 60 días o de 1 año. El TSJ resuelve aclarando que el plazo es de 1 año, porque el plazo de 60 días es aplicable al despido disciplinario y no procede la aplicación analógica ya que hay una norma supletoria que regula la prescripción (art. 59 ET), no existe una ausencia de regulación por lo que no hay motivo para emplear la figura de la analogía.

En su motivación el TSJ hace referencia a otras sentencias en las que ya se venía utilizando el plazo anual “*AS 1999\4130, en las que se sostiene que "Los plazos que establece el art. 60.2 ET marcan de modo exclusivo el tiempo hábil de que dispone el empresario para actuar su potestad disciplinaria, por lo que no rigen para el ejercicio de facultades distintas, como es la de poner fin a la relación laboral por causas objetivas con apoyo en el art. 52 d) del Estatuto, la cual, en defecto de previsión específica, ha de entenderse que está sometida al plazo de un año que determina el art. 59 con carácter general para todas las acciones que derivan del contrato de trabajo..."*”

En cuanto a la controversia sobre el cómputo, el Tribunal aclara que el *dies a quo* del plazo de la prescripción es el día en el que se produjo la última falta de asistencia y esta fecha también es relevante como el *dies ad quem* para contabilizar las faltas de asistencia relevantes a efectos del despido.

Por último, en relación con la validez de los documentos, el TSJ expone que la empresa tiene como obligación la elaboración anual del calendario laboral y tenerlo en lugar visible para todos los empleados. En el supuesto de la sentencia la empresa aportó unos documentos unilaterales y sin firmar sobre las faltas de asistencia de la trabajadora, estos documentos son impugnables por la otra parte; y si no se produce su impugnación se consumará su autenticidad.

Dado el argumento del TSJ vamos a proceder a utilizarlos en el caso de Don Agustín. Si nos fijamos en el esquema anterior sobre las faltas del trabajador, comprobamos que su última falta computable es en la primera semana de abril de 2017, porque las faltas de asistencia de la última semana de abril no computan ya que la causa fue un tratamiento de cáncer y como explicamos antes es uno de los supuestos excluidos. Por tanto, la fecha relevante es abril de 2017 y a partir de aquí sabemos que funciona como *dies a quo* para la prescripción de la acción de despido que tiene el empresario y recordemos que tiene un plazo de año, por ello, podría ejercer dicha acción hasta abril de 2018.

También es relevante porque funciona como *dies ad quem* para contabilizar las faltas en relación con los porcentajes exigidos en el ET. Es por esto, que solo se pueden tener en cuenta las faltas de abril de 2017 hacia atrás en un periodo de un año, lo que sería abril de 2016.

Por consiguiente si sumamos las inasistencias de Don Agustín nos dan un total de 19 días en 80 jornadas de trabajo. Si calculamos los porcentajes, el primero de ellos es un 20% en dos meses consecutivos, lo podemos aplicar en dos sumas diferentes:

- Utilizando los meses de octubre y noviembre de 2016, lo que daría un total de 11 días, siendo el 20% de 80 jornadas 16 días; por tanto no se cumple el número de faltas exigido.
- O podemos usar los meses de marzo y abril de 2017, que haría un total de 8 días, igualmente no se cumple el número exigido porque el 20% son 16 días.

A continuación el ET nos da la posibilidad de aplicar dos porcentajes, el 5% en los 12 meses anteriores o el 25% en 4 meses discontinuos en un periodo de 12 meses. Como Don Agustín faltó 4 meses discontinuos en un periodo de 12 meses, utilizamos el 25% y de tal forma sería:

- El 25% de 80 jornadas hace un igual de 20 días y el trabajador en este caso solo faltó 19 días.

En conclusión, podemos afirmar que no se cumple el mínimo de faltas de asistencia exigidos por el ET para que se produzca el despido fundado en la inasistencia. Por todo esto, el despido se calificará como improcedente.

4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Lo que aquí se pretende impugnar es un despido por causas objetivas, si bien es cierto, se requieren los mismos requisitos que explicamos en el supuesto de Doña Carmen. Es decir, Don Agustín debe de ostentar plena capacidad de acuerdo con el artículo 16 LRJS y legitimación, artículo 17 LRJS.

Don Agustín tiene capacidad y legitimación pues su interés de fundamenta en el contrato de trabajo con la empresa que lo ha despedido.

El plazo para impugnar un despido por causas objetivas es de veinte días, tal y como recoge el artículo 121 LRJS *“El plazo para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva será de veinte días, que en todo caso comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo. El trabajador podrá anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso”*.

Siguiendo con este artículo, en su apartado dos puntualiza que aunque el trabajador reciba la indemnización de veinte días por año, esto no significa que la acción se anule o que el trabajador este de acuerdo con el despido.

5. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

El artículo 56 ET nos explica cuales son los efectos si el despido se declara improcedente y a partir de ahí podemos dilucidar la definición de improcedencia, dice lo siguiente:

“1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. *En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.*

3. *En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.*

4. *Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.*

5. *Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles.*

En los casos de despido en que, con arreglo a este apartado, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.”

Por tanto, un despido es improcedente, como ya explicamos en el supuesto de Doña Carmen, de manera residual, es decir, cuando no se dan las características de un despido nulo o procedente.

Sabemos que un despido es considerado nulo cuando vulnera algunos de los derechos fundamentales que recoge nuestra Constitución, cuando se funda en algunas de las causas de discriminación o finalmente cuando el despido guarda relación con algunos de los derechos familiares atribuidos a un trabajador, me refiero con esto a los derechos de paternidad, embarazo etc.

Por otro lado se reconoce la procedencia de un despido, cuando se cumplen todos los requisitos legales por parte del empresario y la causa en la que se funda el despido se considera probada y ajustada a la magnitud del despido.

Retomando el artículo 56 ET, da dos opciones al empresario cuando se declare la improcedencia. En primer lugar, puede optar por la indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio o puede optar por la readmisión, por lo que el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación.

Tanto la indemnización como la readmisión las explicare en los epígrafes siguientes.

Finalmente, la LRJS en su artículo 122.3 *“La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

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

Por lo cual, se reafirma la definición de improcedencia que da el artículo 53 ET y añade que la no concesión de preaviso o el error excusable en la indemnización no determinará la improcedencia de un despido.

Con la teoría explicada al caso, el despido sufrido por el trabajador Don Agustín se calificará como un despido improcedente puesto que la causa aportada por la empresa no se cumple, al no haber faltado tantos días como exige el ET.

6. INDEMNIZACIÓN

Como ya hemos adelantado, si el empresario opta por la extinción de la relación laboral con el trabajador, a éste le corresponde una indemnización equivalente a treinta y tres días por año de servicio. Si el trabajador hubiera estado en la empresa por menos tiempo que un año, la indemnización se prorratea por los meses en los que hubiese trabajado, con un máximo de veinticuatro mensualidades. Toda esta información la da el artículo 56 ET, artículo que mencionamos en el epígrafe anterior al explicar la improcedencia del despido.

Si se produce este supuesto, la fecha real de la extinción del contrato no es cuando se recibe la indemnización, sino que es cuando realmente finalizó la prestación.

No obstante, cuando se produce un despido por causas objetivas, el empresario debe otorgarle al trabajador una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses cuando el periodo trabajado fuera inferior a un año, con un máximo de doce mensualidades.

Cuando el despido se declara improcedente y el empresario o la persona en la que recaiga el derecho a decidir opte por la extinción del contrato con la correspondiente indemnización, el trabajador debe devolver la primera indemnización. En la mayoría de los casos lo que se hace es una diferencia entre ambas, es decir, el empresario solo tendría que pagarle la cantidad resultante al restar la primera indemnización.

Un ejemplo de que le corresponde una indemnización de treinta y tres días por año de prestación la ofrece el TSJ de Valencia²⁸ cuando dice *“al declararse improcedente el despido objetivo del trabajador accionante el importe de la indemnización devengada se ha de calcular a razón de 33 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, habida cuenta que en ningún momento se ha alegado el carácter fraudulento del inicial contrato de trabajo del actor”*.

²⁸ STSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 22 de Noviembre de 2012, nº 2860/2012, rec. 2653/2012 (EDJ 2012/340661)

7. READMISIÓN

En el mismo artículo 56 aparece la opción de readmisión, es necesario mencionar que quien tiene la potestad de decidir si opta por una u otra opción es el empresario.

Sin embargo, para esta regla general hay unas excepciones, la opción de decidir pasa al trabajador cuando este ostenta la condición de representante legal, sindical o la de delegado de prevención o bien porque el convenio aplicable o un pacto individual le reconoce dicha opción. De igual manera, tampoco ostentaría el empresario dicha opción si el despido fuese nulo, porque procedería automáticamente la readmisión, aunque este no es nuestro caso, pues como bien hemos explicado el despido de Don Agustín es improcedente.

Existe de igual modo la posibilidad de que empresario y trabajador lleguen a un acuerdo, y sea readmitido o acepte la cantidad ofrecida por el empresario. En este caso el devengo de los salarios de tramitación se detiene en la fecha del pacto²⁹.

En esta circunstancia estamos hablando del devengo de los salarios de tramitación sin haber explicado qué son dichos salarios. Pues bien los salarios de tramitación es la suma debida al trabajador por los salarios dejados de percibir durante la tramitación del proceso judicial por despido, y que se devengan desde la fecha del despido improcedente hasta la fecha de la notificación de la sentencia.³⁰

Al tratarse de un despido por causas objetivas, hay que hacer un pequeño matiz que nos dice el artículo 53 ET y es que en el caso de readmitir al trabajador, este debe devolver al empresario la indemnización recibida.

Si bien es cierto que el empresario cuando tiene la posibilidad de decidir entre ambas opciones puede no hacerlo o dejar transcurrir los cinco días que tiene como plazo, un ejemplo de esto es la sentencia del TSJ de Castilla y León del 2000³¹ en la que la empresa "Vigilancia I., S.A." dejó transcurrir el plazo de cinco días por lo que se corresponde la primera opción que da el ET, es decir, la readmisión.

²⁹ ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, op. cit., pp. 275-277

³⁰ LÓPEZ ALVAREZ, M. J: "Salario de tramitación", en AA VV, *Diccionario Jurídico*, (FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ F., Coord.) Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., 2009, p. 1255

³¹ STSJ Castilla y León, Sala de lo Social, S 15 de Mayo de 2000, rec. 940/2000 (EDJ 2000/31609)

8. CONCLUSIÓN

En este caso vemos el despido realizado por la empresa CONTRATOPHONE S.A. de Don Agustín por absentismo laboral. Esto implica que el trabajador faltó a su trabajo más de las veces permitidas.

Como Don Agustín siempre aportó un documento justificando las faltas, su despido es por causas objetivas contemplado en el artículo 52 ET.

Las características del despido objetivo es que debe darse una comunicación escrita al trabajador junto con una indemnización de veinte días por año de servicio, si el periodo trabajado fuese inferior se prorratea en mensualidades con un máximo de doce. Además de la comunicación escrita y de la indemnización, también el empresario tiene que conceder un plazo de preaviso de quince días entre la entrega de la carta y la efectiva extinción.

Para saber si el despido se califica como procedente o improcedente, ya que no es posible la calificación de nulidad, pues no se dan las causas establecidas, debemos calcular si se cumple el mínimo legal de faltas de asistencia exigido para poder despedir alegando esta causa.

Al haber realizado el cálculo comprobamos que Don Agustín tan solo faltó 19 días a su puesto de trabajo, porque los dos últimos días están excluidos al tratarse de un tratamiento de cáncer. No se cumplen los porcentajes exigidos, por lo que el despido se calificará de improcedente.

Que se califique como improcedente tiene dos posibles resultados: primero, que CONTRATOPHONE S.A. decida readmitir a Don Agustín en las mismas condiciones en las que estaba o segundo, que extinga la relación laboral. Si se produce la primera opción el trabajador debe reintegrarle la indemnización al empresario y, por el contrario, si se produce la segunda alternativa, el trabajador tiene derecho a una indemnización de treinta y tres días por año de servicio, la cual se prorratea en meses, si el tiempo trabajado fue inferior a 1 año, con un máximo de veinticuatro mensualidades.

Como en este caso la indemnización de veinte días no fue puesta a disposición de Don Agustín, no procede la devolución en caso de readmisión ni la compensación en el caso de la indemnización.

III SUPUESTO: DON SERGIO

1. ANTECEDENTES

Don Sergio, al igual que Doña Carmen y Don Agustín, trabaja en la empresa CONTRATOPHONE S.A, esta empresa se dedica a la venta de servicios de telefonía en la campaña “Primavera Fantástica”.

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 por causa de unos fuertes dolores de cabeza.

Como datos relevantes, Don Sergio es Secretario de Organización del sindicato CGT desde el día 19 de junio de 2015, además, tiene reconocida una incapacidad permanente total con anterioridad a su ingreso en CONTRATOPHONE S.A.

Apenas unos días antes de recibir la carta de despido, comenzó a formar parte de una sección sindical el día 17 de mayo. Si bien es cierto, el día 15 de mayo la empresa ya había comunicado al comité de empresa su intención a rescindir el contrato.

2. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS: CONCEPTO, REQUISITOS Y FORMA

2.A Concepto y requisitos

Al haber explicado el despido por causas objetivas en el anterior supuesto, vamos a hacer un breve recordatorio del concepto y los requisitos.

Este tipo de despido consiste en la resolución por parte del trabajador, teniendo por causas unas circunstancias económicas que no son imputables ni al trabajador ni al empresario. Estas circunstancias hacen que el contrato resulten excesivamente oneroso, si bien es cierto, que las causas tienen que ser las legalmente previstas y nos referimos al artículo 52 ET.

Las causas que recoge el artículo 52 ET son las siguientes:

- Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.
- Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.
- Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.
- Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

- En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

En el caso de Don Sergio la empresa alega la causa del apartado d) que se corresponde con las faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero intermitentes. Recordemos que CONTRATOPHONE S.A. alega que faltó el 54% de sus jornadas en los meses de febrero y marzo.

2.C Forma

Como explicamos anteriormente cuando se produce un despido por causas objetivas, el artículo 53 ET requiere que se cumplan unos requisitos que son los siguientes:

- La comunicación escrita expresando la causa en la que se fundamenta el despido con la fecha efectiva de la rescisión del contrato.
- Concesión de un plazo de preaviso de quince días computado desde la entrega de la comunicación al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. La no concesión del preaviso no supone la improcedencia del despido.
- En el mismo momento en que se entrega la comunicación escrita, hacerle entrega al trabajador de una indemnización de veinte días por año de servicio. Si el periodo fuese menor a un año se prorratea en meses, con un máximo de doce mensualidades.

Obviamente la causa que alegue el empresario debe ser una causa lícita y que cumpla las condiciones que en el ET se expresan.

Sin embargo, en el caso de Sergio se da una particularidad que en los anteriores supuestos no se daba y es que pertenece al sindicato CGT.

El artículo 10 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) le concede de forma extraordinaria legitimación a los sindicatos para defender los derechos e intereses de los trabajadores afiliados o los no afiliados que le den poder de representación.

Este artículo 10 se apoya en el artículo 7 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) cuando dice *“Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”*.

Siguiendo estas directrices el artículo 20 LRJS posibilita a los sindicatos a actuar en nombre e interés de sus afiliados si se lo autorizan, defendiendo sus derechos. Que la ley otorgue esta condición a los sindicatos tiene dos razones: por un lado, son los representantes naturales de los trabajadores puesto que su finalidad es proteger sus derechos e intereses y por otro lado, que el sindicato pueda ejercer este poder, libera al trabajador de la presión a la que puede estar sometido, incluso barajando la posibilidad de no ejercer sus acciones legales.

No obstante este artículo 20 otorga una representación voluntaria, se caracteriza porque su ámbito de actuación se limita a los trabajadores afiliados al sindicato que pretenda actuar y además por la forma en la que se concede la representación. Su justificación se encuentra en el hecho de que los trabajadores desde el momento en que se afilian al sindicato ya están otorgando el poder de representación, sin necesidad de conceder posteriormente apoderamientos singulares. Aunque se requieren unos determinados requisitos, son los siguientes: primero, el trabajador tiene que estar afiliado al sindicato que actuará como su representante procesal, le corresponde al ente sindical acreditar en la demanda la condición de afiliado del trabajador; segundo, el sindicato debe comunicar al trabajador su voluntad de iniciar el proceso.

Como hemos explicado, cuando un trabajador se afilia a un sindicato se concede automáticamente el poder de representación, pero el trabajador es el titular de la acción que corresponde y dispone de ella. Por lo que puede declarar que no quiere que el sindicato ejerza esta representación.

Con todo, aquellos trabajadores que no ostenten la condición de afiliado pueden conferir la representación a un sindicato. Se otorgará mediante el negocio jurídico del apoderamiento, por cualquiera de las dos formas habilitadas según el artículo 18 LRJS *“La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante el secretario judicial o por escritura pública”*.³²

Considero que en vista del artículo 53 ET y de la escasa información que se le da a Don Sergio, el despido se considera improcedente porque en ningún momento se justifican las faltas, ni se aporta ningún documento acreditativo, la única mención es que faltó el 54% de las jornadas. Tampoco menciona que se le haya dado el preaviso de quince días.

3. ABSENTISMO Y CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Aunque la improcedencia del despido no radica en si es verídico el número de faltas de asistencia al trabajo, sino en la escasa motivación de la carta de despido, creo necesario que debemos explicar qué es el absentismo y cómo se deben computar las faltas de asistencia ya que es la causa que alega la empresa para efectuar el despido.

En cuanto al concepto de absentismo vamos a hacer una breve explicación, pues ya fue explicado detenidamente en el supuesto anterior.

El apartado d) del artículo 52 ET dispone que un contrato de trabajo puede extinguirse si el trabajador falta de forma intermitente pero justificadamente 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 la jornadas hábiles o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

Es decir, el trabajador debe faltar un número de veces relevantes siguiendo los porcentajes indicados y las faltas deben ser justificadas. Esto es una diferencia con el despido disciplinario, ya que en él las faltas son sin justificar.

³² ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, op. cit., pp.124-127 y 132-136.

Continuando con lo dispuesto en el artículo 52 ET apartado d) existen unas causas que no se tiene en cuenta para el cómputo de estos porcentajes, por ejemplo las vacaciones o los días de huelga.

Al no ser el eje de nuestra argumentación si el porcentaje alegado por la empresa es correcto, no nos vamos a detener a volver a explicar el cómputo de la prescripción, nos remitimos al segundo supuesto, concretamente al apartado 3.A. que tiene por título “Absentismo y cómputo de la prescripción”.

4. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

Don Sergio tiene acreditada una incapacidad permanente total y pese a que no forma parte de la motivación sobre la improcedencia del despido, al ser mencionado como dato valoro que debe ser explicada, al menos, sucintamente.

La incapacidad permanente total se define en el Art. 137.4 de la LGSS de 1994 considera *“incapacidad permanente total para la profesión habitual”* a aquella que *“inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión siempre que pueda dedicarse a otra distinta”*

Siendo así, dos elementos básicos de la incapacidad permanente total:

- La pérdida de la capacidad laboral para ejercer la profesión habitual en sus tareas fundamentales o bien la imposibilidad de realizarlas.
- El mantenimiento de una capacidad residual que le permita dedicarse a otra actividad laboral.³³

El concepto de profesión habitual lo aclara el punto 2 del referido artículo 137 *“Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine”*³⁴

En conclusión el hecho de tener una incapacidad permanente total no te imposibilita para tener otra actividad laboral, siempre que sea distinta a la profesión habitual.

5. EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Como hemos explicado en los anteriores supuestos, Don Sergio tiene que tener capacidad y legitimación para poder ejercer su acción. Su interés legítimo se fundamenta en que ha sido despedido por la empresa CONTRATOPHONE S.A..

Al igual, que en el supuesto de Don Agustín y de acuerdo con el artículo 121 LRJS, tiene un plazo de veinte días para impugnar el despido, que se contara desde el día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo.

³³ PEDRAJAS MORENO A.: *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 20

³⁴ PINEDA PÉREZ B.: *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*. Editorial Comares, Granada, 1996, p. 66

6. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

Al igual que ocurría en el caso de Doña Carmen, primeramente se debe pedir la nulidad del despido por la vulneración en este caso de dos derechos fundamentales: primero, la libertad sindical. Este derecho se recoge en el artículo 28.1 CE *“Todos tienen derecho a sindicarse libremente”*. Como ya hemos hecho referencia, Don Sergio pertenece a un sindicato desde el 2015 e incluso estaba empezando a formar parte de una sección sindical en la empresa justo cuando lo despidieron.

En segundo lugar, se vulnera el derecho a la salud recogido en el artículo 43 CE en relación con el artículo 15 CE. Don Sergio tiene reconocida una incapacidad permanente total y aunque no le imposibilita para trabajar si es posible que falte más al trabajo que otro trabajador. Por lo que la empresa se respalda en el artículo 52.d) para despedirlo.

De forma secundaria, se debe pedir la improcedencia del despido siempre que se den los requisitos del artículo 122.3 LRJS, este artículo nos remite al ET, concretamente, al artículo 53.

La declaración de improcedencia es una declaración residual, pues se da cuando el despido no es procedente ni nulo.

En este caso, la carta de despido no fue motivada y no se puso a disposición del trabajador la indemnización de veinte días por año.

El artículo 53 del ET en el apartado 5 dice que *“si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de esta el importe de dicha indemnización”*.³⁵

A continuación debemos dirigirnos al artículo 56 ET el cual explica que en el plazo de 5 días el empresario puede optar por la readmisión o la indemnización. Si opta por la indemnización se produce la extinción efectiva de la relación laboral y, por el contrario, si se decanta por la readmisión al trabajador le corresponden los salarios de tramitación.

Sin embargo, no siempre recae en el empresario la opción de decidir, si el trabajador es un representante legal o delegado sindical le corresponde a él la decisión (art. 56.4 ET). Además, el empresario y el trabajador pueden pactar esta opción y que recayese en el trabajador el derecho a decidir.

Aplicando lo explicado al despido de Don Sergio, su despido debe declararse nulo en primer lugar dado la vulneración de ambos derechos. Si esto no procede, debe declararse improcedente pues la empresa CONTRATOPHONE S.A. no motivó suficientemente las causas por las que se produce el despido, comunicando únicamente que se produjo una asistencia al trabajo correspondiente al 54% de las jornadas hábiles. No se acreditó el calendario laboral ni se especificó cuales son los días en los que se produjeron las faltas de asistencia, ni si guardan relación con la incapacidad permanente total y tampoco se puso a su disposición junto con la carta de despido la indemnización de veinte días por año.

³⁵ NORES TORRES L.E.: *El despido objetivo*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010, p 275

7. INDEMNIZACIÓN

Si el despido se declara nulo el trabajador tiene derecho a pedir una indemnización por los daños causados.

Y de igual manera, cuando el despido se declara improcedente y la parte a la que le corresponda decidir opta por la indemnización, le corresponde una indemnización de treinta y tres días por año de servicio, en el caso de que la relación laboral tuviese una duración inferior al año, se prorratea por meses con un máximo de veinticuatro mensualidades.

Esta opción supone la extinción del contrato de trabajo, que se entiende que es desde que se produjo el cese efectivo del trabajo. Todos estos datos los aporta el artículo 56 ET.

Sin embargo, cuando se produjo el despido, el trabajador obtuvo una indemnización de veinte días por año de servicio. Esta indemnización debe ser devuelta cuando el despido se declara improcedente, aunque en la práctica, se compensa con la que le corresponde por la improcedencia. Así pues, el empresario solo debe darle lo restante. Sin embargo, la empresa en este caso no puso a disposición la indemnización por lo que no procede la compensación.

Por ello, Don Sergio tiene derecho a que se le conceda la indemnización, aunque no sabemos si el derecho a decidir entre indemnización o readmisión recae en el trabajador o en la empresa. Si esta opción tiene lugar, la relación laboral que tiene Don Sergio con la empresa CONTRATOPHONE S.A. queda extinguida.

8. READMISIÓN

Uno de los efectos de la declaración de nulidad es la readmisión automática como regula el artículo 113 LRJS *“Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”*.

En cuanto a la declaración de improcedencia, la otra opción que nos ofrece el artículo 56 ET es que se opte por la readmisión. Esta alternativa conlleva que se mantiene la relación laboral entre trabajador y empresario, si bien es cierto, el empresario tiene la obligación de darle los salarios de tramitación.

Estos salarios son aquellos que el trabajador dejó de percibir por el cese del contrato de trabajo.

Los salarios de tramitación sufrieron una importante reforma en el año 2012 con la nueva ley 3/2012. Anteriormente, los salarios de tramitación se percibían tanto si se optaba por la readmisión como por la indemnización, a excepción del despido expreso. En la actualidad, los salarios de tramitación solo se perciben cuando se escoge la alternativa de la readmisión.³⁶

³⁶ GINÈS I FABRELLAS A.: *“La regulación de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación en la Ley 3/2012 ¿por qué abaratar el incumplimiento?”*, en AA VV, *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*. (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL), Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p 167 y 168.

El trabajador también tiene la obligación de devolver la indemnización que le entregó el empresario por el despido por causas objetivas. Aunque en este caso no se puso a su disposición junto con la carta de despido.

Cuando en el plazo de 5 días el empresario o la persona en la que recaiga el derecho a decidir no se decanta por una de las opciones, se entiende que procede la primera que sería la readmisión.

9. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, Don Sergio siendo trabajador de la empresa CONTRATOPHONE S.A. fue despedido por absentismo laboral, concretamente por faltar el 54% de sus jornadas. Se le comunica mediante carta de despido la decisión de rescindir su contrato.

Si bien es cierto, la carta no está suficientemente motivada, ni se puso a su disposición la indemnización que le corresponde y esto es causa de improcedencia según el ET actual.

Sin embargo, Don Sergio debe pedir en primer lugar la nulidad, debido a que su derecho a la salud y su derecho a la libertad sindical se ven vulnerados. Si finalmente se declarase, procedería la readmisión automática y el trabajador puede pedir una indemnización por lo daños causados.

Si esto no sucede y se declara la improcedencia del despido se abren dos opciones: en primer lugar, el empresario puede indemnizar al trabajador. A Don Sergio en el momento de la comunicación del despido, se le hace entrega de la pertinente indemnización que le corresponde al tratarse de un despido por causas objetivas. Por tanto, procede la compensación entre ambas indemnizaciones. En segundo lugar, el empresario puede decantarse por readmitir al trabajador. Si ocurre esto, el trabajador debe devolver la indemnización recibida y el empresario tiene la obligación de entregarle los salarios de tramitación.

REFLEXIÓN

A modo de conclusión final y juntando los tres supuestos, me llama poderosamente la atención la actuación de la empresa CONTRATOPHONE S.A., pues ha despedido a tres trabajadores que faltaron a su puesto de trabajo por motivos de enfermedad y en apenas 4 días de diferencia.

No me parece muy lícito y aunque si está respaldado por la legislación actual que un empresario pueda despedir a alguno de sus trabajadores por motivos de salud. Entiendo la lucha que quiere hacer el legislador contra el absentismo laboral y de algún modo proteger a ambas partes.

Aunque a mi modo de ver no es el mecanismo más apropiado para combatirlo. Por ejemplo, en el caso de Don Sergio, es un trabajador que tiene reconocida una incapacidad permanente total y esta concesión viene dada por un límite de la capacidad junto con una enfermedad. Por lo que es un trabajador más propenso a faltar a su puesto de trabajo y esto implica que es más fácil despedirlo. En conclusión está en una situación más desfavorable en relación con sus otros compañeros.

En el caso de Doña Carmen, es una trabajadora que sufre un accidente. Accidente que no sabemos si es laboral o no y cuando se encuentra recuperándose la empresa la despide. Esta acción va a conllevar que los trabajadores tengan miedo a pedir una baja por si la empresa rescinde su contrato de trabajo, su derecho a la salud queda totalmente desamparado.

En relación con todo esto, muy recientemente el TJUE, en la sentencia nº C-270/16 de 18 de enero de 2018, declaró que *“ El artículo 2.2.b) en el inciso i) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente ”*

Además añade, que combatir el absentismo es legítimo, ya que se trata de una medida de política de empleo, pero es preciso comprobar si los medios aplicados por la normativa nacional son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*. Tirant Monografías, Valencia, 2007, pp. 124-127 y 132-136; 180 a 183; 275-277.
- ALTÉS TARREGA J.A.: *El despido objetivo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 10
- ARIAS DOMINGUEZ A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*. Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 201; 205 y 206
- GARCÍA PERROTE ESCARTIN I.: *Manual de de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 676
- GINÈS I FABRELLAS A.: “La regulación de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación en la Ley 3/2012 ¿por qué abaratar el incumplimiento?”, en AA VV, *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*. (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL), Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p 167 y 168.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 147-157.
- LÓPEZ ALVAREZ, M. J.: “Carta de despido”, en AA VV, *Diccionario jurídico*, (FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ F., Coord.) Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., 2009, p. 191
- LÓPEZ ALVAREZ, M. J.: “El despido objetivo”, en AA VV, *Diccionario Jurídico*, (FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ F., Coord.) Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., 2009, p. 498
- LÓPEZ ALVAREZ, M. J.: “Salario de tramitación”, en AA VV, *Diccionario Jurídico*, (FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ F., Coord.) Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., 2009, p. 1255
- SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS J. M.: “El Despido Disciplinario”, en AA VV, *Manual del Derecho del Trabajo*,(MOLERO MANGLANO C., Dir.) Tirant lo Blanch, 2017, pp. 707 y 708
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 69 y 91.
- MERCADER UGUINA J.M: “La extinción del contrato de trabajo (I). El despido”, en AA VV, *Lecciones de derecho del trabajo*, (MERCADER UGUINA J.M Dir.) Tirant lo Blanch, 2017, pp. 605 y 606.
- NORES TORRES L.E.: *El despido objetivo*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010, p 275
- TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 59.

PEDRAJAS MORENO A.: *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 20.

PINEDA PÉREZ B.: *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*. Editorial Comares, Granada, 1996, p. 66.

SALAS FRANCO T.: “La incapacidad temporal”, en AA VV, *Derecho de la Seguridad Social*, (ROQUETA BUJ R. Y GARCÍA ORTEGA J. Dir). Tirant lo Blanch, 2017, p. 263.

SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS J.M: *Manual del Derecho del Trabajo*, op. cit., p.737.

TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, op. cit., p 192.

PÁGINA WEB DE LA SEGURIDAD SOCIAL:

- https://www.sepe.es/contenidos/empresas/contratos_trabajo/caracteristicas_contrato/caracteristicas_contrato.html
- http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondeIncapac44667/index.htm

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:**

TJUE nº C-270/16 de 18 de enero de 2018

- **TRIBUNAL SUPREMO:**

Tribunal Supremo Sala 4ª, S 11 de Marzo de 1986 (EDJ 1986/1885)

Tribunal Supremo Sala 4ª, S 20 de Octubre de 1987 (EDJ 1987/7532)

Tribunal Supremo Sala 4ª, S 8 de Febrero de 1988 (EDJ 1988/1021)

Tribunal Supremo Sala 4ª de 19 de Enero de 1994, rec. 3400/1992 (EDJ 1994/242)

Tribunal Supremo Sala 4ª de 12 de Mayo de 2015 rec. 1731/2014 (EDJ 2015/80844)

- **TRIBUNAL SUPERIOR:**

TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, S 10 de Febrero de 2000, nº 82/2000, rec. 5553/1999 (EDJ 2000/19823)

TSJ Castilla y León, Sala de lo Social, S 15 de Mayo de 2000, rec. 940/2000 (EDJ 2000/31609)

TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) Sala de lo Social, S 19 de Septiembre de 2000, rec. 533/2000 (EDJ 2000/42484)

TSJ Cataluña Sala de lo Social, S 18 de Diciembre de 2000, nº 10378/2000, rec. 1036/2000 (EDJ 2000/72693)

TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20 de Julio de 2005, nº 6357/2005, rec. 3073/2005 (EDJ 2005/238591)

TSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, S 10 de Octubre de 2006, nº 2414/2006, rec. 1736/2006 (EDJ 2006/406247)

TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 10 de Noviembre de 2006, nº 7783/2006, rec. 1097/2005 (EDJ 2006/420107)

TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 14 de Febrero de 2007, nº 1291/2007, rec. 8209/2006 (EDJ 2007/82508)

TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 22 de Noviembre de 2012, nº 2860/2012, rec. 2653/2012 (EDJ 2012/340661)

TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, S 26 de Junio de 2013, nº 479/2013, rec. 58/2013 (EDJ 2013/173651)