

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

EL DESPIDO EN UN PROCESO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

TUTOR

Rafael Álvarez Gimeno

AUTOR

David Subías Espallargas

ZARAGOZA 2025

ÍNDICE

- Hechos.....página 3
- Sobre la prestación económica por Incapacidad Temporal...página 5
- Cálculo de la cuantía económica.....página 6
- Complemento empresarial.....página 7
- Sobre prestación por desempleo en tanto se resuelve la impugnación del despido.....página 8
- Sobre el despido disciplinario. Concepto de disminución continuada y voluntaria del rendimiento.....página 10
- La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.....página 11
- Sobre la nulidad del despido durante un proceso de Incapacidad Temporal.....página 13
- Consecuencias jurídicas de la nulidad del despido.....página 17
- Sobre la improcedencia del despido durante un proceso de Incapacidad Temporal.....página 19
- Consecuencias jurídicas de la improcedencia del despido...página 22
- Conclusiones.....página 24

Ante mí, D. David Subías Espallargas, alumno del Máster Universitario de Abogacía y Procura, se han presentado Pedro José Jiménez solicitando dictamen sobre los siguientes:

HECHOS

I.- Pedro de 55 años de edad, es un trabajador de una conocida empresa de telecomunicaciones (telemarketing electrónico) con una antigüedad desde el 2 de enero de 2014 y un salario diario de 70€/día incluidas las pagas extras, sin que se hayan remunerado horas extras en el último año. Tiene dos hijos a cargo. No ostenta ni ha ostentado el cargo de representante de los trabajadores.

II.- De camino al trabajo sufrió un accidente de coche el día 1 de septiembre de 2024, produciéndole un latigazo cervical y lesiones en la columna, aparentemente no muy graves, aunque en un principio, lo dejó postrado en una cama durante semanas.

III.- En el día del accidente fue asistido por la mutua colaboradora de su empresa siéndole comunicada la baja laboral *el mismo día por accidente de trabajo*, debido a que los hechos se produjeron in itinere a su centro de trabajo, iniciando un proceso de incapacidad temporal.

IV.- Pedro continuó de baja médica desde el día de los hechos, el 1 de septiembre de 2024 hasta que finalizó con el alta médica el 1 de febrero de 2025.

V.- Dos semanas después del accidente, estando en Incapacidad Temporal, la empresa le envió una carta a Pedro comunicándole su despido disciplinario con el siguiente tenor literal:

"La Dirección de esta empresa le comunica por medio de la presente que, en base a las facultades que a la misma le reconoce el art. 54 ET, ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo, procediendo a su despido por la efectiva disminución en su rendimiento, que viene manifestándose de forma continuada y voluntaria por su parte en relación con la actividad normal y exigible desarrollada por Vd en períodos anteriores, y transgresión buena fe contractual. Además, las continuas advertencias e intentos de corrección sobre su rendimiento nunca han sido tenidas en cuenta por Vd., haciendo caso omiso a las mismas. Así, y como ejemplo, en el último mes de trabajo su ratio ha sido en febrero de 0,82 cuando la ratio promedio del resto de sus compañeros de trabajo en este mes es de un 0,87, cuando el objetivo de la campaña es un 1,20. Lo que ratifica las manifestaciones antes realizadas respecto a su disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de su trabajo y transgresión buena fe contractual. Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el apartado 2,e) art. 54 ET, surtiendo efectos a partir de hoy."

VI.- Cuando Pedro recibió la carta, sintió una mezcla de rabia, tristeza e impotencia. Aunque sabía que su cuerpo ya no respondía como antes, sentía que el despido era injusto. No era culpa suya haber enfermado, ni haber quedado con secuelas que le impedían rendir como solía hacerlo. Convencido de que la empresa no había actuado de manera correcta, Pedro decidió luchar por lo que consideraba que era un despido injustificado.

VII.- El trabajador, con posterioridad a los hechos anteriormente descritos, fue diagnosticado de trastorno de ansiedad generalizado por un perito médico, sin que conste ni medicación específica ni atención psiquiátrica o psicológica especializada, ni medicación específica por causa del mismo. Ha hecho 20 sesiones de rehabilitación funcional en una consulta privada por la cervicalgia resultante del latigazo cervical.

VIII.- Con la ayuda de un abogado, Pedro interpuso papeleta de conciliación, como acto preparatorio a una eventual demanda contra su antiguo empleador, solicitando la nulidad o, en su caso, improcedencia del despido, argumentando que las razones esgrimidas en el despido no eran suficientes para justificarlo. Se presentó primero ante el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (SAMA), donde esperaba que la conciliación pudiera resolver el conflicto sin necesidad de llegar a los tribunales. Sin embargo, la reunión de mediación resultó infructuosa: no hubo avenencia entre las partes, por lo que Pedro se vio obligado a dar el siguiente paso.

IX.- Finalmente, el trabajador se ha visto en la necesidad de presentar una demanda ante el Juzgado de lo Social de Zaragoza. En la demanda, Pedro defendió que su despido no solo era desproporcionado, sino que, además, no se había tenido en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba debido a las secuelas de la enfermedad. Además, el trabajador entiende que el verdadero motivo del despido es la situación de Incapacidad Temporal en la que se encuentra, dado que para la empresa supone una pérdida productiva además de un coste.

X.- Ahora, Pedro pretende en su demanda que se califique el despido como nulo o, subsidiariamente como improcedente.

CUESTIONES PLANTEADAS

- 1) ¿Cuándo se producirá el nacimiento del derecho a ser beneficiario de la prestación económica por Incapacidad Temporal? ¿cuál será la cuantía de la prestación económica por Incapacidad Temporal?**
- 2) ¿Tiene derecho el trabajador a cobrar prestación por desempleo en tanto se resuelve la impugnación del despido? ¿en qué cuantía?**
- 3) ¿Se consideraría despido disciplinario? ¿existe una disminución continuada y voluntaria del rendimiento?**
- 4) ¿Podría calificarse como nulo el despido? ¿qué consecuencias jurídicas tendría la nulidad?**
- 5) En caso de que no fuera calificado como nulo, ¿podría calificarse como improcedente? ¿qué consecuencias jurídicas tendría la improcedencia?**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1) Sobre la prestación económica por Incapacidad Temporal

La regulación de la Incapacidad Temporal se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

El nacimiento de la prestación económica de la situación de IT no está condicionada a la previa solicitud del beneficiario (principio de oficialidad), sino que se hace efectiva de modo directo y automático, una vez tramitados los correspondientes partes de baja y confirmación. No obstante, este principio quiebra cuando lo que se discute por el trabajador es la etiología de las dolencias de las que deriva la IT y presenta una solicitud de determinación de contingencia. En este caso, los efectos económicos derivados de la prestación de IT se limitan a los 3 meses anteriores a la fecha de esa solicitud, si esta se presenta transcurridos 3 meses desde la fecha del hecho causante.

En función de las diferentes contingencias, el nacimiento del derecho de prestación será uno u otro momento. Así para el caso de contingencias comunes los 3 primeros días de baja en el trabajo: no se abonan, salvo acuerdo; - del 4º al 15º: se abonan a cargo del empresario; - a partir del 16º día: se abona el subsidio por el empresario, pero a cargo de la entidad gestora. Para las contingencias profesionales desde el día siguiente al de la baja en el trabajo. Y finalmente en el caso de menstruación incapacitante secundaria desde el día de la baja en el trabajo e interrupción del embarazo y gestación desde la semana 39º, el nacimiento se produce desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, el nacimiento se produce desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, tal como indica el artículo 173.1 de la LGSS.

En el presente caso el nacimiento del derecho a ser beneficiario de la prestación económica surge en base al principio de oficialidad desde el día en que suceden los hechos, es decir el 1 de septiembre de 2024, ya que se considera que el día del accidente efectivamente si fue a trabajar.

La contingencia causante de la Incapacidad Temporal debe ser calificada como accidente de trabajo ya que el hecho causante se produce durante el desplazamiento del trabajador a su centro de trabajo (in itinere).

La noción de accidente in itinere no ha sido desarrollada legalmente, sino por la jurisprudencia, que considera tal el que sufre el trabajador al ir al lugar de trabajo o al volver de este. La calificación del accidente in itinere como de trabajo se basa en el supuesto de que, de no haber tenido que ir el accidentado a su tarea desde su casa, o a la inversa, no se hubiera producido la lesión¹. La presunción de laboralidad del accidente in itinere se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agentes externos), no a las dolencias de distinto origen.

¹ STS 19-1-05 ECLI:ES:TS:2005:150, TSJ C.Valenciana 23-3-21 EDJ 588983

De manera generalizada, para que el accidente in itinere pueda ser calificado de accidente de trabajo, han de concurrir requisitos específicos:

1. Teleológico: es el motivo o causa del desplazamiento, iniciar o finalizar el servicio y regreso al domicilio, sin que exista interrupción por motivos personales. Si bien en cuanto al origen y destino del desplazamiento se aplica una noción de domicilio amplia, incluyendo lugares de residencia o incluso de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador, lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver del lugar del trabajo, a partir de criterios de normalidad, dentro de los que se ha de producir una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo. La finalidad principal del viaje ha de venir determinada por el trabajo.

2. Cronológico: el accidente debe ocurrir en tiempo inmediato o razonablemente próximo a la hora de entrada o salida del trabajo. El recorrido no ha de ser alterado por desviaciones anómalas por motivos personales de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo.

3. Topográfico o geográfico: utilización del trayecto adecuado, es decir el normal, usual o habitualmente utilizado.

4. Modal o mecánico: el medio de transporte utilizado debe ser normal, racional y adecuado.

Tal y como ha sido relatado en los hechos, el trabajador durante el trayecto normal y habitual que recorre a diario hacia su centro de trabajo sufrió un accidente de circulación causándole las graves dolencias, considerándose por tanto en base a los argumentos anteriores y a la jurisprudencia aplicable, accidente de trabajo.

Cálculo de la cuantía económica

El subsidio por IT se calcula aplicando a la denominada base reguladora un determinado porcentaje. El artículo 171 de la LGSS indica *que “consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta ley y en sus normas de desarrollo.”*

El Decreto 3158/1966² como norma de desarrollo de la antigua Ley de la Seguridad Social, señala en su artículo 2.1, la cuantía del porcentaje aplicable a la base de cotización del trabajador a efectos de establecer la cuantía del subsidio: *“consistirá en un subsidio equivalente al setenta y cinco por ciento de la base de cotización del trabajador en la fecha en que se declare iniciada legalmente la incapacidad.”*

La base reguladora, para el cálculo de este subsidio, se halla dividiendo la base de cotización del trabajador del mes anterior a la fecha del inicio de la IT, por el número de días a que dicha cotización se refiera. Varía si la contingencia de la que deriva es común o profesional, ya que en este último caso se tiene en cuenta el promedio de las cantidades percibidas por horas

² BOE-A-1966-21116 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

extraordinarias en los 12 meses anteriores, no tenidas en cuenta, en cambio, si la IT deriva de contingencias comunes.

En caso de enfermedad común y accidente no laboral:

- 60% desde el día 4 hasta el 20 inclusive y el 75% desde el día 21 en adelante.

En caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional:

- El 75% desde el día en que se produzca el nacimiento del derecho³

En el presente caso la cuantía económica que percibiría el trabajador se calcula del siguiente modo:

- Trabajador en situación de IT desde el 1 septiembre de 2024 al 1 de febrero de 2025.
- Salario diario (incluidas pagas extras) = 70€/día
- Base de cotización con prorrateo de pagas extras 2.170€ mensuales (se toma la del mes inmediatamente anterior al hecho causante, esto es, agosto de 2024)
- Base reguladora diaria = 2.170/31 = 70,00 €.

Al ser la baja de origen profesional le corresponderá el 75% de la Base Reguladora desde el día en que se produzca el nacimiento del derecho.

- 75% de 70€ = 52,5€ BR diaria.

Téngase en cuenta que, conforme al art. 283 LGSS, el trabajador seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1, y a percibir, si reúne los requisitos necesarios

Complemento empresarial

Por convenio colectivo o acuerdo, puede complementarse el subsidio derivado de IT a cargo de las empresas hasta un determinado porcentaje del salario que el trabajador perciba en caso de estar en activo. La responsabilidad del pago de este complemento (mejora voluntaria) es exigible únicamente al empleador, sin que exista responsabilidad subsidiaria de la mutua o del INSS tratándose de una condición que no puede ser suprimida ni reducida unilateralmente por el empresario, a no ser que las partes hayan alcanzado un nuevo acuerdo o se haya producido su neutralización en virtud de norma posterior, legal o paccionada⁴.

Sin embargo, si el derecho al subsidio por IT existe, pero lo paga el empresario o si no surge el derecho a percibirlo por ausencia de los requisitos para ello, la empresa no tiene que abonar la mejora voluntaria. Para determinar qué conceptos se han de abonar para complementar dicho subsidio, se ha de estar a la redacción de cada convenio.

Cuando se reconoce posteriormente una incapacidad permanente total con efectos retroactivos, no procede el reintegro del complemento que la empresa pueda haber abonado

³ <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28365/30791#6390>

⁴ STSJ C.Valenciana 8-6-11, ECLI:ES:TSJCV:2011:4138

durante la IT⁵. En cambio, sí procede dicho reintegro cuando se reconoce al trabajador una incapacidad permanente absoluta con derecho al 100% de la base reguladora.⁶

El complemento empresarial ha de percibirse tanto durante el período de 18 meses (545 días naturales), duración máxima de la situación de IT, como durante la prórroga extraordinaria⁷. En efecto, la extinción de una relación laboral no implica que la empresa deje de abonar el complemento de la prestación de IT regulado en convenio colectivo, sino que este se extiende hasta la finalización de la propia IT.

En el presente supuesto, el convenio colectivo aplicable en el sector de las telecomunicaciones y telemarketing es el regulado por la Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center⁸. En su artículo 70 incluye el complemento por incapacidad temporal en caso de accidente de trabajo y enfermedad, incrementando hasta el 100% la base reguladora en caso de accidente de trabajo, por lo que el trabajador vería incrementada su prestación hasta la cuantía total de su nómina antes de suceder el accidente, esto es 70€ diarios.

Con arreglo a la STS de 12 de marzo de 2020⁹ (ECLI:ES:TS:2020:1449) dicha mejora voluntaria, al no indicar el convenio colectivo lo contrario, no cesa con la extinción del contrato de trabajo, por lo que la empresa debe seguir abonando la diferencia entre la prestación pública y el 100% del salario (17,50 €).

2) Sobre prestación por desempleo en tanto se resuelve la impugnación del despido.

La regulación de las prestaciones de desempleo se haya incluida en el texto refundido de la LGSS (RDLeg 8/2015) y, hasta tanto no sea desarrollada reglamentariamente, continúa siendo de aplicación en lo que no se oponga el RD 625/1985. El SEPE es el organismo competente para declarar, suspender, reanudar o extinguir el derecho a las prestaciones de desempleo.

Para tener derecho a las prestaciones por desempleo, los trabajadores deben reunir los siguientes requisitos: (artículos 266 y 267 LGSS)

1. Estar afiliado a la Seguridad Social y en alta, o situación asimilada

2. Tener cubierto un período mínimo de cotización.

Se ha de tener cubierto un período mínimo de cotización de 360 días dentro de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Debe entenderse que dicho período mínimo de cotización no es necesario que se haya cotizado de modo continuado.

⁵ STS 14-7-97, ECLI:ES:TS:1997:5022

⁶ SSTs 19-6-00, ECLI:ES:TS:2000:5015; 24-10-05, ECLI:ES:TS:2005:6432

⁷ STS 7-11-05, ECLI:ES:TS:2005:7923

⁸ BOE-A-2023-13741 Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center.

⁹ STS 12-3-2020 ECLI:ES:TS:2020:1449

3.Estar en situación legal de desempleo.

La situación legal de desempleo determina el momento en que comienza a devengarse la prestación de desempleo. El trabajador se encuentra en esta situación cuando se extingue, suspende o reduce su contrato de trabajo. La extinción no puede deberse a causa imputable al trabajador

4.Acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del acuerdo de actividad.

5.No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo que no se tenga acreditado el período de cotización requerido para devengar la prestación correspondiente.

6.Estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente.

La duración de la prestación por desempleo regulada en el artículo 269 LGSS, corresponde en función del tiempo de ocupación cotizada en los 6 años inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que en este caso se cumple el requisito máximo de los 2.160 días cotizados, correspondiéndole la duración máxima de la prestación contributiva por desempleo, esto es 2 años. Téngase en cuenta que al haber sufrido el trabajador un accidente de trabajo y proceder de una situación de incapacidad temporal, los días disfrutados por incapacidad temporal desde que finalizó el contrato no se le descontarán de su prestación por desempleo, tal y como establece el art. 283 LGSS.

En cuanto a la cuantía de la prestación, esta se calcula en función de la base reguladora del trabajador, siendo ésta el cociente entre las bases de cotización de los 180 últimos días anteriores al desempleo y el número de días considerado como cotizados en dicho periodo.

El trabajador dispone de una base de cotización de 2.100€ mensuales, por lo que su base reguladora será $12.600/180 = 70€$ Base Reguladora/diaria.

Durante los 6 primeros meses de prestación, el trabajador percibirá el 70% de la base reguladora, siendo su base reguladora 49€/día, y durante el restante periodo hasta finalizar la prestación el 60% de la base reguladora, ascendiendo a 42€/día. Dichos porcentajes son los establecidos en el artículo 270.2 de la LGSS.

Las cuantías mínimas y máximas de la prestación por desempleo están reguladas en el artículo 270.3 de la LGSS, siendo del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM, que en 2024 asciende a 600€, incrementado en 1/6 por lo que se eleva a 700€ mensuales), salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo, en cuyo caso la cuantía será, respectivamente, del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador. Para 2024 corresponde a 1.125€ (37,5€ diarios) sin ningún hijo a cargo, 1.400€ (46,66€ diarios) con un hijo a cargo y 1.575€ (50,83€ diarios) con dos o más hijos a cargo.

La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por ciento o del 80 por ciento del indicador público en rentas de efectos múltiples incrementado en 1/6, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo. Para 2024 corresponde a 560€ sin ningún hijo a cargo y 749€ con hijos a cargo.

Concluyendo por lo tanto en el presente caso que el trabajador se encuentra dentro de los citados umbrales.

En el supuesto de despido o extinción de la relación laboral por decisión empresarial¹⁰ el nacimiento del derecho se produce en dicho momento, sin necesidad de impugnación. El ejercicio de la acción contra el despido no impide el nacimiento del derecho a la prestación de desempleo.

En el presente caso se ha procedido a la impugnación de la decisión extintiva. Así pues, ejercitando la acción contra el despido o la extinción, ello no impide que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación. Si se reclama o recurre contra el despido, y éste es considerado improcedente la situación es diferente según el sentido de la opción: indemnización o readmisión.

a) Opción por la indemnización: al no haber salarios de tramitación el trabajador continúa percibiendo las prestaciones de desempleo. Si no estuviera percibiéndolas, comienza a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo, siempre que se cumplan los requisitos para ello, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial.

b) Opción por la readmisión: si a consecuencia de la reclamación o recurso se opta por la readmisión, mediante conciliación o sentencia firme, al tener derecho a salarios de tramitación, las cantidades percibidas por el trabajador como prestación de desempleo se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador. En estos casos, la entidad gestora cesa en su abono y reclama a la TGSS las cotizaciones efectuadas. Además, el empresario deberá solicitar el alta en la Seguridad Social desde la fecha del despido o extinción inicial y cotizar a la Seguridad Social por el periodo correspondiente desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de la sentencia.

Cuando se deba readmitir al trabajador por ser considerado nulo el despido se producen los mismos efectos señalados para la declaración de improcedencia con readmisión. Al respecto, la empresa deberá ingresar al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) las prestaciones del trabajador y las restará de los salarios que no haya percibido y debe abonar al trabajador por la nulidad o, en su caso, improcedencia con readmisión.

3) Sobre el despido disciplinario. Concepto de disminución continuada y voluntaria del rendimiento.

Despido disciplinario

El artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores define el concepto de despido disciplinario como la extinción por decisión unilateral del empresario basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, enumerando causas de incumplimiento en su apartado segundo, véase:

- las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo

¹⁰ LGSS art.268.4 y 5

- la indisciplina o desobediencia en el trabajo, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos
- la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo
- la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado
- la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo
- 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.

La «gravedad» del incumplimiento ha de ser valorada por el Juez según las circunstancias de cada caso concreto, su naturaleza y su frecuencia o reiteración.¹¹

«requiere un examen casuístico en el que el juicio de procedencia o improcedencia del despido viene determinado por una multitud de factores que varían de un supuesto a otro. Ello es así, en primer lugar, porque los incumplimientos laborales posibles dependen decisivamente de los actos y situaciones de trabajo, que no son idénticos de una empresa a otra, de un sector a otro, de un grupo profesional a otro, y de una circunstancia a otra. Y en segundo lugar, porque, de acuerdo con la llamada doctrina gradualista, la aplicación de la sanción disciplinaria de despido exige al empresario y en su caso a los órganos jurisdiccionales un detenido análisis de las conductas de los trabajadores despedidos para determinar la gravedad y la culpabilidad de las faltas cometidas»

En virtud de la teoría gradualista se ha de lograr una plena adecuación entre los hechos, la persona afectada y su impacto contractual de modo que lo que en un determinado contexto sería constitutivo de despido, en otro contexto puede no serlo.

En definitiva, hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el mismo, debiéndose buscar la necesaria proporción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso.

Los hechos descritos en la carta de despido atribuyendo una gravedad de tal entidad como para proceder a la sanción más grave como el despido disciplinario del trabajador sin pasar previamente por sanción grave constituye una sanción desproporcionada dado el elemento de gravedad que atribuye la empresa al obtener el trabajador una ratio inferior a la media de 0.05 milésimas en comparación a sus compañeros de trabajo. Será SS^a quien valorará la gravedad de los hechos poniéndolos en comparación con demás trabajadores de la empresa con la misma categoría profesional.

Por lo expuesto esta parte considera que los hechos descritos en la carta de despido no cumplen con los requisitos que debe cumplir el despido disciplinario tal y como apunta la jurisprudencia del alto tribunal.

¹¹ STS 20-4-2005 ECLI:ES:TS:2005:2419

La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado

El Tribunal Supremo avaló como cláusula contractual pactada la condición de rescisión contractual laboral en base a la fijación de un mínimo nivel de producción del trabajador, respetándose los límites de validez y la no concurrencia del abuso de derecho por el empresario.

¹²

La disminución del rendimiento debe producirse en relación con el rendimiento debido (art. 20.2 ET). Este rendimiento puede ser pactado.¹³

En este tipo de causa de despido, para la empresa no es sencillo acreditar ya que no se trata sólo de probar la disminución del rendimiento continuada, sino también que ha sido voluntaria.

Así, la STSJ Canarias\Tenerife 12 de febrero 2008 determinó que para que se considere el bajo rendimiento como causa de resolución del contrato de trabajo, deben concurrir elementos como la voluntariedad o intencionalidad del trabajador, así como la reiteración y continuidad de la conducta, según la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1983. La voluntariedad implica culpabilidad, reflejada en un comportamiento dirigido a perjudicar a la empresa, y no puede presumirse; debe demostrarse, tal como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1989.

El carácter voluntario del bajo rendimiento queda descartado si este se debe a causas ajenas al trabajador, como fallos en la organización empresarial. Además, la continuidad en la disminución del rendimiento refleja la gravedad del incumplimiento y exige una prolongación en el tiempo, no siendo suficientes descensos puntuales o de corta duración, según las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1989.

La STS 30 de octubre de 2007 afirmó que para considerar el bajo rendimiento como incumplimiento contractual que justifique la extinción del contrato de trabajo, es imprescindible contar con un elemento de comparación. Este puede basarse en un criterio subjetivo, evaluando el rendimiento previo del propio trabajador, o en un criterio objetivo, comparándolo con el desempeño de otros trabajadores en la misma actividad. Esto se aplica independientemente de otras circunstancias como la gravedad, voluntariedad y continuidad, que ayudan a delimitar las causas de extinción contractual.

La disminución del rendimiento ha de ser continuada, de modo que habrá que probar que no se trata de algo puntual o aislado, sino que se ha prolongado durante cierto tiempo.

Y el requisito más complejo de probar es, obviamente, la voluntariedad de esa disminución del rendimiento. Pero también puede darse una conducta continuada del trabajador de la que se desprenda esa voluntariedad, como, por ejemplo, al desobedecer órdenes o instrucciones o no cumplirlas íntegramente, abandonar su puesto de trabajo antes de hora, no hacer determinadas tareas con excusas espurias, o que tras reiterados avisos o advertencias previas, persistiera la conducta omisiva. Si bien, dependerá en cada caso concreto de qué hechos y pruebas haya para poder justificar este requisito. Y en algunos casos, los mismos hechos que la empresa quiera hacer valer para acreditar esa voluntariedad, por si mismos

¹² STS 17262/1990, ECLI:ES:TS:1990:17262

¹³ SSTSJ Cataluña de 3-7-2009, ECLI:ES:TSJCAT:2009:8651; Galicia 19-09-2014, ECLI:ES:TSJGAL:2014:6838

podrían constituir otro tipo de incumplimientos o faltas que podrían ser causa de despido disciplinario, como es la desobediencia a un superior, el abandono del puesto de trabajo o la transgresión de la buena fe contractual.

Vistos los requisitos que debe cumplir el motivo expuesto en la carta de despido, disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado, en primer lugar en la carta de despido se alega únicamente la diferencia de ratio del mes anterior y tal como indica la jurisprudencia estas faltas además de considerarse de una gravedad notoria, han de producirse de manera reiterada y frecuente, situación que en la propia carta de despido se niega al ejemplarizar únicamente la ratio del último mes, pudiendo haber alegado los ratios del trimestre anterior o incluso del semestre anterior, por lo tanto la reiteración en el incumplimiento del rendimiento de trabajo no se cumple dados los hechos expuestos.

En el caso de la voluntariedad o intencionalidad, el trabajador ha cumplido diligentemente sus funciones laborales y tras las advertencias verbales de que su ratio era de 0.05 milésimas inferior al de sus compañeros continuó esforzándose por aumentar sus ratio de ventas, cuestión por otra parte en lo referente a resultados, que se escapa al control del trabajador ya que, la empresa facilita un "speech" a los trabajadores para que procedan a las ventas en telemarketing, y que el trabajador lo cumple de forma escrupulosa, y los factores de negativa de ventas se deben a elementos externos de los trabajadores como tendencias de mercados, mercado rígido, etapas estacionales, entre otras, fácilmente comprobable con las estadísticas de otros trabajadores los cuales han reducido el ratio de ventas no superando ninguno lo estipulado por la empresa (1,20). Por lo expuesto podemos concluir que no ha existido una voluntariedad o intencionalidad del trabajador por reducir su rendimiento.

4) Sobre la nulidad del despido durante un proceso de Incapacidad Temporal

El despido nulo se produce cuando el trabajador ha sufrido un despido por discriminación de cualquier tipo, que la Constitución y las leyes prohíben, o bien, si se violan sus derechos fundamentales y libertades públicas. En estos casos se rechaza el despido de la empresa y se considera nulo. Es importante recordar que cualquier infracción en el procedimiento de despido (como no entregar la carta de despido, por ejemplo), hará que se considere un despido improcedente y no nulo. Por lo tanto, para que se considere nulo debe haber una discriminación o vulneración de derechos.

El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 55.5, indica que *"será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora."*

Por otro lado, un despido es objetiva y automáticamente nulo, al margen de cualquier móvil discriminatorio, en los siguientes supuestos (apartados a), b) y c) del artículo 55.5 ET), salvo que sean calificados como procedentes al acreditarse la imputación disciplinaria por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados

“a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o cuando se notifique la decisión en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 3.b), 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 o la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las personas trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual, por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.”

La nulidad de un despido se califica ante la vulneración de derechos fundamentales del trabajador regulados en el artículo 14 de la Constitución española. Como ha declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 29 de enero de 2001 y 23 de marzo de 2005, *‘la calificación del despido ha de realizarla el Juez conforme a derecho, sin sujeción a la petición de la demanda. De manera que si se solicita únicamente la nulidad se puede declarar la improcedencia del despido y viceversa, sin incurrir en incongruencia’.*

La discriminación por el art. 14 CE se predica exclusivamente en razón a las situaciones allí identificadas de forma expresa (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) y las causas de discriminación a las que se ciñe el art. 55. 5 del ET, y su plasmación procesal en el art. 108.2 de la LRJS, son las tasadas en el referido precepto constitucional.

En el presente caso se pretende argumentar la nulidad del despido al producirse en el marco de un proceso de incapacidad temporal al padecer una dolencia o enfermedad, cuestión muy controvertida tanto por los tribunales internos como por el TJUE, el cual ha entendido que una limitación de larga duración puede estar incluida en el concepto de *«discapacidad»* en el sentido de la Directiva 2000/78 y, por consiguiente, en estos supuestos una resolución contractual injustificada puede ser entendida como discriminatoria provocando por ello la nulidad del despido.

La resolución que debemos dar a la cuestión que aquí se plantea pasa, por encontrar una respuesta a las siguientes preguntas: 1) un despido que tiene como causa real (la aparente es otra) una situación de enfermedad (incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo) puede calificarse, a efectos del art. 14 CE, como discriminatorio por discapacidad, y por tanto nulo; 2) de no ser así, puede declararse nulo por atentar contra el derecho a la integridad física, a la salud, o la dignidad que ostenta toda persona (art. 15 CE); y por último, si podría ser igualmente calificado de nulo por ser un despido sin causa y por tanto, injustificado.

Desde hace ya unos años, los tribunales internos han venido fallando a favor de que se califique como nulo el despido de un trabajador que se encuentra en un proceso de incapacidad temporal siempre que se den los siguientes requisitos¹⁴, así un despido en situación de enfermedad sólo puede tener una base discriminatoria en tres supuestos:

- a) cuando concurre una enfermedad que, inicialmente o con posterioridad, se pueda considerar de larga evolución y, por lo tanto, asimilable a discapacitado;
- b) cuando el despido obedezca a causas segregadoras o de segregación; y
- c) cuando se acredite que existen presiones empresariales para que las personas asalariadas no cojan la baja o en los que concurra un clima indiciario de previas advertencias empresariales.

En relación con el primero de los requisitos, es necesario señalar la doctrina del TJUE a la luz del caso *Daouidi*¹⁵ pudiendo resumirse de la siguiente forma:

“TJUE responde con base en el concepto de ‘discapacidad’ de la Convención de la ONU, en cuanto a limitación a largo plazo o de larga duración, carácter que no cabe excluir por la temporalidad de la incapacidad, sino que ha de analizarse respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido, tomando como indicios de que la limitación es duradera el que la incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo y que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona. Concluye el TJUE que, si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1”.

El concepto de larga duración no queda objetivamente determinado con un marco temporal concreto, así que tras varios pronunciamientos la STSJ de Sevilla cuantificó el citado concepto indicando: *“debe acreditarse que, como consecuencia de posibles secuelas, la limitación puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una dolencia como la que sufre el recurrente. Con este criterio fijamos un parámetro cuantificable/objetivable (el tiempo medio para curar una dolencia como la que padecía el recurrente) que facilita su determinación y, además, circunscrita a una concreta patología”*

En el presente caso, la determinación del marco temporal para la curación de la dolencia que sufre el trabajador es crucial a efectos de poder calificar de discriminatorio y por tanto nulo el despido producido. El trabajador de una edad media- avanzada, además del cuadro residual clínico (cervicalgia postraumática que ha degenerado en cervicoartrosis en niveles C5 y C6), se estima que la recuperación será superior al tiempo medio necesario para curar la citada dolencia dadas sus circunstancias personales.

Como posibilidad previa al acto del despido, recordar el art. 5 de la Directiva 2000/78 (y el art. 40.1 Ley 1/2013) juega un papel importante en estas situaciones.

«la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo».

¹⁴ STSJ Cataluña 5-12-2017 ECLI:ES:TSJCAT:2017:10998

¹⁵ STJUE 1 de diciembre 2016, C-395/15

Conforme a esta doctrina lo relevante a efectos de reunir los requisitos de nulidad del despido en el marco de un proceso de incapacidad temporal serían los siguientes:

A) Determinar si la situación de incapacidad (aunque sea temporal) se produce "a largo plazo", lo que ha de valorarse en el momento de producirse el acto presuntamente discriminatorio (el despido en este caso), según las previsiones razonables que en ese momento pudiera hacerse el autor del mismo.

B) Determinar si la patología y las limitaciones que producen reúnen la gravedad suficiente como para que impidan la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

C) Finalmente comprobar si el despido se produce sin que se hayan adoptado ajustes razonables destinados al mantenimiento del puesto de trabajo, por ser estos imposibles.

El trabajador ha permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 1 de septiembre de 2024 hasta la fecha con un pronóstico de larga duración de su recuperación clínica, cumpliendo con el requisito de discapacidad expuesto con anterioridad.

En relación al segundo de los requisitos es necesario apuntar que la empresa antes de proceder a su despido no ha tomado medidas de ajuste en su puesto de trabajo con adaptaciones o cambio de funciones del mismo por lo que se consideran inexistentes.

Las características del proceso de IT – de duración incierta- son las que le atribuyen un carácter de "duradero", que puestas en relación con lo regulado en la Directiva 2000/78/CE, su estado puede ser considerado dentro del concepto de "discapacidad" con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva 2000/78/CE y a la STJUE de 11 de abril de 2013 en los asuntos C-335/11 y C-337/11, y conforme a lo establecido en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 1 de diciembre de 2016 su apreciación corresponderá al juzgador de instancia. En cualquier caso, la declaración de nulidad del despido exige probar que es consecuencia o a causa de la enfermedad o condición de salud.

No obstante, con la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se ha dado un paso más allá, puesto que por primera vez se considera la "enfermedad o condición de salud", como una causa de discriminación autónoma, desligada de la discapacidad, tal y como se desprende claramente del art. 2.1 de dicha norma que: *'Nadie podrá ser discriminado por razón de (...), enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social'*.

Esa misma ley, en su artículo 26 atribuye la nulidad de pleno derecho a las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2.

Resulta plenamente aplicable el régimen de inversión de la carga de la prueba que establece el art. 30 de la Ley 15/2022, determinando que, con la aportación de indicios por parte de la persona trabajadora, es la empresa la que tendrá la carga de probar que el despido no lo ha sido por causa de la enfermedad o condición de salud, o que concurre una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida que ha adoptado y de su

proporcionalidad. En cualquier caso, la declaración de nulidad del despido exige probar que es consecuencia o a causa de la enfermedad o condición de salud.

Por lo expuesto a tenor de la reciente Ley 15/2022 y en base a las circunstancias concurrentes del presente caso existiría una discriminación al trabajador por enfermedad o estado de salud considerándose el despido como nulo.

Consecuencias jurídicas de la nulidad del despido

La principal consecuencia jurídica que tendrá la calificación de un despido como nulo, tal como indica el artículo 55.6 ET es el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, además el artículo 113 de la LRJS indica que: *“Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador.”*

En relación al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, este también existe cuando esta se decida -en sentencia o en ejecución- y se condene a la indemnización ante la imposible readmisión. En efecto, en estos casos el trabajador no puede sufrir la pérdida de los derechos que le hubieran correspondido en ejecución de sentencia como consecuencia de un despido nulo.

Cuando la nulidad derive de la violación de derechos fundamentales del trabajador y cuando se trate de un despido objetivamente nulo en el que además concorra una causa de discriminación cabe la reclamación -junto con la acción del despido- de una indemnización adicional por daños y perjuicios (LRJS art.26.2). En todo caso, para su correcta graduación hay que tener en cuenta las circunstancias de cada caso¹⁶ y, en particular, la antigüedad y el salario del trabajador despedido.

En caso de calificarse por SS^a la nulidad del despido producido en septiembre de 2024, el trabajador deberá reincorporarse en su puesto de trabajo además de la percepción de los salarios de tramitación durante el tiempo transcurrido entre el despido y su efectiva reincorporación. Al haberse producido una discriminación directa al trabajador ante la situación de Incapacidad Temporal por enfermedad, junto a la acción por despido se solicitaría una indemnización adicional por daños y perjuicios.

Como obligación del empresario, el artículo 298 g) indica que: *“El empresario deberá comunicar la readmisión del trabajador despedido en el plazo de cinco días desde que se produzca e ingresar en la entidad gestora competente las prestaciones satisfechas por esta a los trabajadores en los supuestos regulados en el artículo 268.5.”* Es decir, cuando se produzca la readmisión del trabajador, mediante conciliación o sentencia firme. Debe mantener en alta en la Seguridad Social al trabajador durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, y cotizar por los mismos antes del último día del mes siguiente al de la notificación de la sentencia, auto judicial o acta de conciliación. El incumplimiento de esta obligación en el plazo reglamentario se considera una infracción administrativa grave.

¹⁶ STSJ Las Palmas 27-7-23, ECLI:ES:TSJICAN:2023:2290

Solo en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación,¹⁷ situación que no parece que concurra en el presente caso.

La declaración de nulidad en el presente procedimiento produciéndose la readmisión del trabajador dentro del marco de la percepción de la prestación por desempleo traería como consecuencia -o incluso aunque no se produzca la readmisión por obstrucción del empleador- que las cantidades que hubiera venido percibiendo el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador, debiendo devolver solo la parte de prestaciones temporalmente coincidentes con dichos salarios¹⁸.

Es importante señalar que el SEPE debe recuperar lo abonado siendo la empresa quien deber ingresar la prestación descontándola de los salarios, de suerte que, únicamente en el caso de que las prestaciones superen el importe de tales salarios, se impone al trabajador la obligación de devolver las diferencias¹⁹.

En cambio, si se consignaron los salarios de tramitación en el Juzgado, se confirma la declaración de nulidad y se procede a la readmisión del trabajador y a entregarle los citados salarios consignados, habiendo percibido la prestación de desempleo por el mismo período, es su obligación devolverlos y no responsabilidad del empresario²⁰, supuesto que tampoco parece que pueda darse en este caso.

Además, en su artículo 27, la Ley 15/2022 otorga el derecho de indemnización por daños y perjuicios cuando una persona sufra una discriminación. Acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral también indemnizable atendiendo a las circunstancias del caso. En el supuesto de considerar SS^a que la causa real del despido ha sido la situación de Incapacidad Temporal provocada por el accidente de trabajo padecido por el trabajador, motivaría la nulidad del despido en base a la discriminación a causa de "enfermedad o condición de salud" como indica el artículo 2 de la meritada ley y como consecuencia de tal discriminación se solicitará por esta parte la correspondiente indemnización por daño moral que se cuantificará en demanda.

No obstante, la discriminación vulnera un derecho fundamental como es recogido en el artículo 14 de la Constitución, por lo que resulta aplicable el artículo 183 de la Ley Reguladora del a Jurisdicción Social "1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados."

¹⁷ Artículo 286.2 LRJS

¹⁸ SSTS 1-2-11, ECLI:ES:TS:2011:1003; 9-4-22, ECLI:ES:TS:2022:1481

¹⁹ SSTS 14-2-12, ECLI:ES:TS:2012:1534; 22-1-14, ECLI:ES:TS:2014:447

²⁰ STS 17-4-12, ECLI:ES:TS:2012:3088

5) Sobre la improcedencia del despido durante un proceso de Incapacidad Temporal

La regulación sobre la improcedencia del despido se encuentra tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El Estatuto de los trabajadores en su artículo 55.3 ya prevé que un despido podrá calificarse como procedente, improcedente o nulo. Será improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación o cuando en su forma no se ajuste a los requisitos formales como la notificación por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Por lo tanto, el despido puede ser declarado improcedente por cuestiones de fondo o sustantivas en las que hay una falta de acreditación del incumplimiento alegado en la carta de despido. También cuando el despido es fraudulento o sin causa, pues la nulidad, está exclusivamente vinculada a motivos tasados y la alegación empresarial de una causa irreal de despido para dar por terminado el contrato de trabajo no justifica por sí misma la calificación de nulidad.²¹

El incumplimiento alegado por el empresario carece de la culpabilidad o gravedad suficiente para justificar la procedencia del despido²². Si la prueba del incumplimiento supuso una vulneración de derechos fundamentales, procedería la nulidad, ya explicada en el apartado anterior, y el órgano jurisdiccional está obligado a pronunciarse sobre la indemnización por daños y perjuicios exigida por el trabajador. No obstante, en caso de que no se considere la nulidad del despido, este podría considerarse improcedente por inexistencia o insuficiencia de la causa extintiva.

En cuanto a las cuestiones formales, el despido también puede recibir la calificación de improcedente cuando no se han cumplido las formalidades requeridas legal o convencionalmente o incluso las que se entienden derivadas de una normativa internacional ratificada por España. Entre ellas se encuentran:

1. La falta de comunicación escrita del despido (despidos tácitos o verbales).
2. La insuficiencia de la descripción de los hechos justificativos del despido recogidos en la carta o la ausencia de la fecha de efectos del mismo²³.
3. La omisión del expediente contradictorio en el despido de un representante de los trabajadores o la audiencia a los delegados sindicales en el despido de un trabajador afiliado a un sindicato. Según parte de la doctrina judicial, también la falta de audiencia al trabajador común por imperativo del Convenio OIT núm. 185 art.7.²⁴
4. El incumplimiento de requisitos convencionales adicionales, aunque no causen indefensión. El empresario, consciente de la inobservancia de los requisitos formales, puede realizar un segundo despido cautelar. Además, cuando se declara judicialmente improcedente el despido por incumplimiento de los requisitos de forma, si se opta por la readmisión, puede efectuarse

²¹ STS 29-9-14, ECLI:ES:TS:2014:4139; 28-11-17, ECLI:ES:TS:2017:4405

²² STSJ Cantabria 9-10-18, ECLI:ES:TSJCANT:2018:319

²³ TSJ Asturias 9-5-17, EDJ 99126

²⁴ STS 18-11-2024, ECLI:ES:TS:2024:5454

un nuevo despido dentro del plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia. Esta última disposición no resulta aplicable al despido objetivo.

En el presente supuesto, la declaración de improcedencia podría hacerse valer al no considerar SSª el despido disciplinario como discriminatorio por causa de enfermedad además de no considerar que pudiere tratarse de una limitación de larga duración que impidiera la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.²⁵ En relación a los requisitos formales anteriormente citados han sido cumplidos en su totalidad, con independencia de la falta de motivación a juicio de esta parte de los hechos recogidos en la carta de despido.

Existen pronunciamientos del Alto Tribunal avalando esta postura y remarcando la diferencia entre discriminación por enfermedad y por discapacidad, así la Sala 4ª del Tribunal Supremo en sentencia de 2016 y el TSJ de Cataluña en 2017 distinguieron que la existencia de una enfermedad por sí sola no puede considerarse un elemento de discriminación²⁶:

“En el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala no nos encontramos ante un despido discriminatorio por causa de enfermedad. La recurrente sufrió un accidente de tráfico el 1 de marzo de que le provocó un "latigazo cervical", iniciando IT en la misma fecha, siendo despedida el 11 de marzo de 2013 -cuando aún se encontraba en situación de IT [...], a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio.

Por lo tanto, no nos encontramos en el supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral [...]. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio. En consecuencia, al no existir un factor de discriminación en el despido de la recurrente, ni estar encuadrado en los supuestos que el ET califica como despidos nulos, el mismo ha de merecer la calificación de despido improcedente.”

Por su parte, en lo referente a la temporalidad de la baja por incapacidad temporal se identifica el concepto de discapacidad con las bajas de incapacidad temporal de larga duración que además afecten a la capacidad laboral, siendo éste a su vez un concepto subjetivo ya que no existe un baremo para considerar cuando una baja es de corta o larga duración. En cualquier caso, debe considerarse duradera cuando no exista a corto plazo una previsión de mejora.

Siguiendo la línea argumental, la STSJ de Cataluña de 12/6/2017 declaró la improcedencia del despido ocasionado durante la baja laboral dado que el marco temporal conducente a poder considerarse “discapacidad” no era el suficiente.

“Habiendo transcurrido apenas un mes y medio desde que sufrió el accidente de trabajo, con una lesión de codo, que presumiblemente era leve, y que curó, en un plazo más que razonable, en atención al momento en que fue dado de alta por curación sin secuelas, a la única conclusión que podemos alcanzar, (...), la empresa no sustentó su decisión de despedir por razón de la dolencia que sufría el trabajador, ni tuvo causa en un motivo o factor de discriminación sino

²⁵ STS 15/10/2020, ECLI:ES:TS:2020:3165

²⁶ STS Sala 4ª de 03/05/2016, ECLI:ES:TS:2016:2351 y STSJ de Cataluña de 12/6/2017 ECLI:ES:TSJCAT:2017:4294

en la pura e inevitable repercusión negativa que toda enfermedad tiene en el rendimiento laboral.”

Pero esta jurisprudencia no es unánime. Es decir, a pesar de la nueva legislación (Ley 15/2022) y de que cada vez son más los despidos sin causa de personas de baja de incapacidad temporal como nulo, no es una cuestión automática, sino que habrá de analizarse en el despido ese nexo de causalidad entre la baja por incapacidad temporal y la decisión de la empresa en despedir.

La Sentencia de Castilla y León de 19 de junio de 2023²⁷ considera necesario realizar un análisis detallado de las circunstancias del caso para determinar si el despido es nulo o improcedente:

- Comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido;
- Determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad;
- En caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria.

Es necesario acreditar una enfermedad existente que es previa al despido, una vez acreditado ese extremo determinar si la causa del despido ha sido la propia enfermedad y si por el contrario, el empresario no ha aportado otra causa razonable que justifique el despido.

Finalmente cabe destacar que no puede estimarse que el simple hecho de una persona que se encuentre la situación de incapacidad temporal no necesariamente ha de constituir una vulneración de su derecho a la no discriminación del artículo 14 de la C.E. De hecho, aunque la posición de los trabajadores con problemas de salud queda reforzada, eso no quiere decir que todo despido no procedente del trabajador que ha estado de baja se nulo.²⁸

En el caso de no poder acreditar las circunstancias anteriormente expuestas a efectos de la calificación por SS^a del despido como nulo, la consecuencia del mismo será la calificación como improcedente debido a que los motivos alegados en la carta de despido se consideran inexistentes e insuficientes como causa extintiva de la relación laboral. Se alega por parte del empleador que ha existido una disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal pactado. En primer lugar, como forma “continuada”, en la citada carta de despido únicamente se hace referencia a las ratios del mes inmediatamente anterior, no pudiendo considerarse disminución continuada en el tiempo dado que la jurisprudencia exige un marco temporal mayor al mes inmediatamente anterior, además compara el rendimiento del trabajador con el de otros compañeros, siendo el rendimiento de éstos igualmente inferior a los estándares exigidos por la empresa, no habiendo procedido la empresa a la extinción de la relación laboral de ninguno de los demás trabajadores con los que ha sido comparado su rendimiento. En segundo lugar, en relación con el concepto de voluntaria, como se ha explicado anteriormente, el trabajador sigue rigurosamente las pautas marcadas por la empresa para llevar a cabo su trabajo, imputándole la empresa a éste la falta ventas y en relación con el motivo anterior, no se puede concluir que ha sido de forma voluntaria por el trabajador aun cuando los demás trabajadores no han llegado a cumplir las exigencias de la empresa, siendo los motivos

²⁷ STSJ CL 2553/2023 - ECLI:ES:TSJCL:2023:2553

²⁸ TSJ Burgos 28-9-23, ECLI:ES:TSJCL:2023:3590

de la disminución de ventas en términos generales otros diferentes así como rigidez del mercado o etapas estacionales entre otras. Por lo expuesto, en caso de no calificarse el despido como nulo esta parte entiende que subsidiariamente deberá ser calificado como improcedente.

Consecuencias jurídicas de la improcedencia del despido

La principal consecuencia jurídica de la calificación en sentencia del despido como improcedente se regula en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en su apartado 1º indica: *“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 lo tanto, la sentencia que declara un despido improcedente debe dar la opción entre las dos anteriormente expuestas:

1. Readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación correspondientes. 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.

Cuando el empresario opta por la readmisión debe comunicar por escrito al trabajador, dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo. La readmisión debe efectuarse en un plazo no inferior a los 3 días siguientes al de la recepción de dicho escrito. Estos 3 días tienen naturaleza procesal por lo que no se computan los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano, y se trata de un plazo que ya no afecta a la oferta de readmisión, pues ésta ya está acordada, sino que persigue la concesión al trabajador de tiempo suficiente para incorporarse al trabajo. La readmisión se debe hacer en las mismas condiciones que disfrutaba el despedido, so pena de que sea considerada irregular. El trabajador puede interponer el incidente de no readmisión tanto cuando considera que la readmisión es irregular, como cuando el empresario que optó por la readmisión no la lleva a cabo.

2. O indemnizarle. Esta opción convalida la extinción del contrato de trabajo que se entiende producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. La opción ha de realizarse, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, sin esperar a su firmeza y ha de efectuarse, bien por escrito o por simple comparecencia ante el juzgado que dictó la sentencia. Si no se ejercita la opción en ese plazo, o no se realiza conforme a los requisitos mencionados se entiende que el empresario ha realizado una opción tácita por la readmisión²⁹.

La indemnización por despido improcedente está tasada legalmente. El ET barema la cuantía de la indemnización considerando el salario del trabajador y los años de prestación de servicios estableciendo con unos topes máximos. No obstante, en ocasiones se ha reconocido por los tribunales una indemnización superior a la tasada por ser poco disuasoria, lo que sucede también si se ha mejorado su cuantía por acuerdo. También puede solicitarse una indemnización

²⁹Artículo 56.3 ET y STS 15-3-04, ECLI:ES:TS:2004:1773

por vulneración de derechos fundamentales si se aprecia, por ejemplo, en la prueba utilizada por la empresa, o por otras razones. La indemnización legal o tasada se fija en función de la fecha de formalización del contrato, antes del 12 de febrero de 2012 o fecha posterior. En el presente caso al realizarse el contrato el 2 de enero de 2014, el cálculo de la indemnización se realizará en un tramo.

Como la formalización tuvo lugar desde el 12-2-2012 en adelante, la indemnización es de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a 1 año, hasta un máximo de 24 mensualidades, esto es, su monto está topado a 720 días. Se deben prorratear por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Además, las fracciones de mes, sea cual sea el número de días, se consideran como un mes completo incluso si sólo se ha trabajado 2 días de un mes³⁰.

También se ha admitido por algunos tribunales³¹ la posibilidad de solicitar, en la propia demanda de despido, una indemnización adicional en caso de despido improcedente cuando concurren los siguientes requisitos recogidos en la meritada sentencia.

“por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato (...) podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar”.

La reciente STS 19 de diciembre 2024³², ha dictaminado que la indemnización legal tasada por despido improcedente prevista en el art. 56.1 ET no puede verse incrementada en vía judicial con otras cuantías que atiendan a las circunstancias concretas del caso, sin que ello suponga una vulneración del art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT; en el que tan solo se indica que la indemnización sea adecuada, siendo el legislador nacional el que la ha determinado en el citado art. 56.1 ET.

La Sala IV afirma: *‘no es posible que el órgano judicial pueda fijar en sentencia una indemnización por despido improcedente, cuando ésta sea la opción que haya tomado el empresario o, en su caso, quien ostente ese derecho, en un importe que no sea el que resulte de lo que dispone el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores’.*

En el presente caso la indemnización adicional en caso de calificarse por SS^a el despido como improcedente no tendría recorrido debido a que el principal requisito (carecer de valor disuasorio la indemnización legal) no se cumpliría ya que la indemnización por despido improcedente en su caso ascendería a un total de 24.832,50€, considerando una antigüedad desde el 2 de enero de 2014 hasta la fecha de extinción de contrato el 15 de septiembre de 2024. Dicha cantidad supone un importe que no sería fácilmente considerado como “manifiestamente exiguo”. En el caso de considerar SS^a que ha existido una clara y evidente ilegalidad, fraude o abuso de derecho en la decisión extintiva del contrato, ya ha sido considerado que el despido sin alegación de causa alguna o por causa falsa es improcedente³³ y en su caso podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar.

³⁰ SSTS 31-10-07, ECLI:ES:TS:2007:7302; 20-7-09, EDJ 190339

³¹ STSJ Cataluña 30 de enero 2023, ECLI:ES:TSJCAT:2023:2

³² STS 19 de diciembre 2024, ECLI:ES:TS:2024:6112

³³ STSJ Pleno Cataluña 21/6/20

Por último, la titularidad de las opciones anteriormente expuestas, con carácter general, recae en el empresario. No obstante, puede corresponder al trabajador despedido, cuando es un representante unitario o sindical de los trabajadores o incluso un mero candidato a las elecciones, si concurren ciertos requisitos. En este caso, al no ser representante de los trabajadores...

Conclusiones

1.- En relación con la cuestión sobre la prestación económica por incapacidad temporal a consecuencia del accidente de trabajo sufrido in itinere, tras los cálculos realizados en función de la base de cotización del trabajador y del tipo de contingencia, su prestación pública diaria asciende a la cantidad de 52,50€; €; no obstante, tiene reconocida una mejora voluntaria a cargo del empresario hasta completar el 100% del salario (70 €), debiéndose mantener dicho complemento a cargo del empresario aun cuando se haya extinguido el contrato.

2.- Sobre la prestación por desempleo que el trabajador podría percibir, ha quedado acreditado que al tratarse de un despido disciplinario por motivo de la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, cumple con todos los requisitos que la Ley General de la Seguridad Social impone, percibiendo durante los 6 primeros meses el 70% de su base reguladora diaria, es decir 49€ día, y durante el restante periodo percibirá el 60% de su base reguladora diaria, ascendiendo a 42€ día. La duración máxima de la prestación será de 730 días.

3.- Sobre la cuestión objeto de la calificación del despido como disciplinario esta parte considera que los hechos descritos en la carta de despido no son suficientes para justificar un despido disciplinario tal y como apunta la jurisprudencia, en tanto que la empresa no ha acreditado que haya existido una disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo por parte del trabajador.

4.- Dicho despido debe calificarse como nulo, a tenor de la reciente Ley 15/2022 y en base a las circunstancias concurrentes del presente caso. Puede concluirse que el motivo real del despido es la situación de incapacidad temporal del trabajador, no considerando suficientemente motivados los argumentos de la carta de despido, por lo que existiría una discriminación al trabajador por enfermedad o estado de salud considerándose el despido como nulo.

5.- Subsidiariamente a lo anterior, en caso de que el tribunal no determine la nulidad del despido, por haberse producido como consecuencia de la situación de incapacidad temporal del trabajador y no haber existido por tanto discriminación por su estado de salud o enfermedad, esta parte considera que el despido debería calificarse como improcedente, al no quedar suficientemente acreditados los motivos expuestos en la carta de despido relativos a la disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal del trabajo.

Este es mi parecer que así he emitido y someto a la consideración de cualquier otro mejor fundado en Derecho.