Pérez-Llorca

DCH ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE DIRECTIVOS DE CAPITAL HUMANO

Newsletter Laboral

12/2018

Copyright © 2018 Pérez-Llorca.
Todos los derechos reservados.
Esta comunicación es una selección de doctrina y normativa que se ha considerado relevante sobre los temas de referencia durante el período especificado. La información de esta página no constituye asesoramiento jurídico en ningún campo de nuestra actuación profesional.

Índice

Artículos Doctrinales

5 **Y ahora, ¿cuándo puedo saber si el despido de un trabajador durante su incapacidad temporal es nulo o no?**
Fernando Ruiz Linaza

Novedades Jurisprudenciales

8 **No impugnar la decisión empresarial de eliminación de la cesta de navidad convalida la supresión de esta condición más beneficiosa**
Paula Fernández

9 **¿Se puede optar por no disfrutar de vacaciones retribuidas anuales con el fin de aumentar la remuneración ante la extinción de la relación laboral?**
Jakub-Mateusz Jeczmyk

10 **La empresa deberá seguir el trámite de despido colectivo pese a que la extinción de determinados contratos laborales se encuentre amparada por acuerdo de fin de huelga**
Marta Gimena

11 **El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera ajustado al principio de no discriminación la inexistencia de indemnización en los supuestos de finalización de los contratos de interinidad por reincorporación del trabajador**
Paula Fernández

Y AHORA, ¿CUÁNDO PUEDO SABER SI EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR DURANTE SU INCAPACIDAD TEMPORAL ES NULO O NO?

Fernando Ruiz Linaza • Socio

Punto de inicio: Últimamente era pacífico que los despidos de empleados durante su baja médica no eran generalmente discriminatorios hasta que han aparecido sentencias que hacían tambalear dicha estabilidad

En los primeros años tras la aprobación del Estatuto de los Trabajadores los empleados que eran despedidos en situación de incapacidad temporal tenían muchas posibilidades de obtener un pronunciamiento judicial que declarara su despido como nulo.

Concretamente, hasta el año 1994 aproximadamente se consideró nulo el despido de un trabajador estando de baja médica. En esa época, se reformó la legislación laboral y desapareció como causa de nulidad del despido la del "*trabajador que tuviera suspendido el contrato de trabajo*".

Al mismo tiempo, la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo cambió su criterio y pasó a entender que el despido durante la incapacidad temporal no era discriminatorio por el mero hecho de producirse la terminación a instancias del empresario durante la situación de incapacidad temporal.

De esta forma, tras dicho cambio legal y jurisprudencial, las terminaciones de empleados durante la situación de incapacidad temporal dejaron de ser en todo caso terminaciones de riesgo para el empresario.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto los sindicatos como algunos pronunciamientos judiciales aislados no veían claro que toda terminación de un contrato laboral durante una situación de baja médica debiera ser considerada como procedente o improcedente y no nula cuando no hubiera causa que lo justificara.

Sin embargo, podíamos decir que en nuestro ordenamiento jurídico hacía tiempo que era pacífico que el despido de un empleado durante su baja médica no era un despido discriminatorio en la medida en la que nuestros tribunales tenían más o menos bien diferenciada y disociada las situaciones de incapacidad temporal y la de discapacidad.

La situación cambia: Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cambian el *status quo* de la cuestión

A los profesionales dedicados al mundo de los RR.HH. y las RR.LL. les sorprendieron enormemente las diversas noticias que aparecieron en la prensa especializada y en la generalista sobre una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**TJUE**"), que declaraba nulo el despido de un empleado durante su situación de incapacidad temporal.

Tras tantos años de resolución pacífica de la cuestión parecía que el TJUE volvía a revolver una cuestión que prácticamente todo el mundo consideraba resuelta.

Estos pronunciamientos salieron a la palestra con la sentencia de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, Mohamed Daouido. Dicha sentencia declaraba como nulo el despido de un trabajador despedido durante la situación de incapacidad temporal por entender que el empleado era discriminado por su situación de discapacidad.

Un nuevo concepto de discapacidad creado por el TJUE

El punto clave de dicha sentencia del TJUE era su nuevo criterio judicial sobre el concepto de discapacidad.

Así, el TJUE entendía que el concepto de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse como referido a una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, podía impedir la participación plena y efectiva de la persona en su vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En cuanto al carácter duradero de la limitación, debía analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio, que en nuestro supuesto sería el despido del empleado.

Por lo tanto, nos encontrábamos con un nuevo concepto de discapacidad que, trasladado a nuestras instituciones españolas, no cuadraba exactamente ni con la incapacidad temporal ni con la incapacidad permanente en cualquiera de sus categorías.

Es decir, nos podíamos encontrar con un empleado en situación de incapacidad temporal que analizado bajo la óptica de la doctrina del TJUE debiera ser considerado como un supuesto de discapacidad. O, mejor dicho, que si era despedido en ese supuesto sin causas claras y evidentes debería entenderse que se le despedía por su discapacidad. Este criterio de discapacidad también lo han empezado a aplicar nuestros juzgados de lo Social. En este sentido destaca la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona y por el que éste vino a declarar nulo el despido de un trabajador en incapacidad temporal por entenderlo como discriminatorio (sentencia núm. 472/2016, de 23 diciembre).

De esta forma, nuestros tribunales españoles han comenzado a entender que, para la declaración de nulidad del despido por discriminatorio en estas circunstancias, deberá comprobarse si la limitación de la capacidad del trabajador tiene carácter duradero conforme a lo dispuesto en la Directiva 2000/78 tal y como había considerado el TJUE en su sentencia de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/2015).

¿Toda situación de incapacidad temporal debe considerarse como situación de discapacidad conforme al criterio del TJUE?

A primera vista y de forma simplista podría parecer que la nueva doctrina del TJUE lo que supone es que todo despido durante la situación de incapacidad temporal debe de ser considerado como discriminatorio.

Ahora bien, en realidad, esta doctrina del TJUE pone el foco en que sea el juzgador de instancia, que conoce de la reclamación, el que compruebe si la limitación de dicha capacidad del trabajador tiene carácter duradero o no.

Para lo anterior, el juzgador deberá acudir al examen de la posible concurrencia de una serie de indicios en el momento del despido, entre los que figuran "*que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*".

Esta nueva corriente doctrinal ha sido muy comentada en sectores judiciales y sindicales y ha dejado cierto grado de incertidumbre en las empresas españolas.

Así, y en conclusión podríamos decir que si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación y puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78.

Y aterrizando al día a día de las empresas: ¿Cómo podemos saber entonces si el despido de un empleado de baja es discriminatorio bajo la lupa de la doctrina del TJUE?

Obviamente la doctrina del TJUE anteriormente comentada puede dejar cierto gusto de indeterminación en las empresas a la hora de tener que terminar el contrato de trabajo de un empleado durante su incapacidad temporal.

A día de hoy es verdad que no vamos a tener una certeza absoluta de saber si un despido durante la baja médica puede ser considerado o no como nulo por discriminatorio por razón de discapacidad.

Sin embargo, la entrada en vigor del RD 625/2014 de 18 de Julio de aspectos relacionados con la gestión y control de los procesos de Incapacidad Temporal y la Orden ESS 1187/2015 que lo desarrolla nos puede dar pistas a la hora de poder medir el posible riesgo de declaración de discriminatorio del despido de un empleado en situación de baja médica.

Y es que dichas normas de Seguridad Social se establecen un nuevo sistema de comunicación de los partes de baja, confirmación y alta médicas durante los primeros 365 días de duración de la IT.

Esta normativa, introduce como principales novedades en el control de los procesos de incapacidad temporal las siguientes novedades:

(i) Al expedir el parte médico de baja y de confirmación, el facultativo hará constar en él la duración estimada de la incapacidad temporal.

(ii) Dicha duración estimada pasa a estar clasificada en función del tiempo previsto de la baja médica clasificándose en:

a. Muy corta las de duración inferior a 5 días;
b. Corta de 5 a 30 días,
c. Media de 31 a 60 días, y
d. Larga de 61 o más días naturales.

Para determinar los anteriores tipos de bajas los facultativos médicos dispondrán de unas tablas de duración óptima de los distintos procesos patológicos, basándose no sólo en el diagnóstico, sino también en la ocupación y en la edad del paciente.

Asimismo, la anterior norma de Seguridad Social también ha modificado la periodicidad en la expedición de los partes de baja y de los informes de control y seguimiento de incapacidades temporales.

La parte más importante a efectos del objeto de este artículo es que el nuevo sistema de parte de confirmación reflejará la fecha en la que el trabajador ha de volver a la consulta para la revisión de su enfermedad, quedando la empresa informada de la continuidad de la baja y de la fecha de la nueva cita con el especialista médico.

Es decir, en primer lugar, la empresa sabrá si la baja médica es muy corta, corta, media o larga.

Lo anterior hace que podamos señalar que solamente las bajas largas (aquellas que inicialmente señalan un periodo de baja superior a los 60 días) podrían llegar a asimilarse a la "discapacidad" tal y como así la entiende la doctrina judicial del TJUE.

Además, en los casos de bajas médicas "largas" en los que el empleado entregue un parte de confirmación con una nueva fecha de visita al médico muy distanciada de la fecha de la anterior revisión podremos saber si estamos ante un supuesto de baja médica que "*pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona*".

Conclusión

Podemos señalar que, sin perjuicio de que los últimos pronunciamientos del TJUE sobre la nulidad del despido de empleados durante su baja médica han generado cierta inseguridad a las empresas, el nuevo sistema de gestión y control de los procesos de incapacidad temporal nos da una herramienta para poder evaluar si cada terminación de un empleado durante su baja médica puede ser o no una terminación con riesgo de ser declarada como de discriminatoria.

Así, en nuestra opinión, habrá que tener cautela a la hora de extinguir por despido aquellos contratos laborales en situación de incapacidad temporal declarada como "larga" y más si los partes de confirmación de baja han señalado una nueva cita para la nueva revisión médica con un periodo grande de tiempo.

NO IMPUGNAR LA DECISIÓN EMPRESARIAL DE ELIMINACIÓN DE LA CESTA DE NAVIDAD CONVALIDA LA SUPRESIÓN DE ESTA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Paula Fernández • Abogada

Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 3 de octubre de 2018 (Rec. núm. 192/2018)

La Audiencia Nacional ha establecido que la no impugnación, en tiempo y forma, de la decisión empresarial de suprimir la cesta de Navidad que habían venido disfrutando los trabajadores, supone la convalidación de la medida. Y así, se considera suprimido el derecho a cesta de Navidad adquirido previamente como condición más beneficiosa

En el litigio enjuiciado por la presente sentencia, se analiza el caso de una empresa que había venido abonando a los trabajadores, durante dieciséis años, un obsequio navideño en forma de cesta de navidad. Sin embargo, la empresa tomó la decisión, al año siguiente, de suprimir este obsequio, no siendo hasta cuatro años más tarde cuando la representación legal de los trabajadores decidió reclamar la citada cesta, entendiendo que se trataba de una condición más beneficiosa adquirida por los trabajadores y, por tanto, que no podía ser suprimida por voluntad unilateral del empresario.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional coincide con la parte demandante en que, en el presente caso, el hecho de haber recibido los trabajadores durante dieciséis años una cesta de Navidad suponía la creación de una condición más beneficiosa, en virtud de la cual el empresario debía entregarles este obsequio navideño anualmente.

Sin embargo, considera que la decisión empresarial de suprimir esta condición más beneficiosa supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al afectar a la remuneración de los trabajadores. Esto supone la obligación para el empresario de seguir el procedimiento establecido en el artículo 41.4 del Estatuto de los trabajadores, realizando un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, previo a la modificación.

Así, la sentencia establece que, si el empresario no siguió el procedimiento adecuado, esta decisión debería haber sido impugnada por los representantes de los trabadores en el plazo señalado legalmente, que será de veinte días en caso de que la decisión hubiese sido notificada a los trabajadores o sus representantes, o de un año cuando esta no lo hubiese sido.

En el caso analizado, y no habiéndose impugnado esta decisión empresarial hasta cuatro años después de la supresión de la cesta de navidad, la Sala afirma que esto supone la convalidación de la decisión empresarial y la supresión de la condición más beneficiosa para los trabajadores.

¿SE PUEDE OPTAR POR NO DISFRUTAR DE VACACIONES RETRIBUIDAS ANUALES CON EL FIN DE AUMENTAR LA REMUNERACIÓN ANTE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL?

Jakub-Mateusz Jeczmyk • Abogado

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2018 (Asunto C-684/16)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**"TJUE"**) ha considerado en la presente sentencia que no disfrutar las vacaciones retribuidas anuales con el fin de aumentar la remuneración ante la extinción de la relación laboral es incompatible con el derecho de la Unión.

En el caso analizado, un trabajador de una entidad alemana solicita una compensación económica por vacaciones no disfrutadas correspondientes tanto al año en curso como al año anterior. La normativa alemana entiende que, si no se han disfrutado vacaciones durante el año para el que se devengan, se pierden. Sólo subsistiría el derecho a retribución si se solicitan las vacaciones anticipadamente, y el empresario las deniega.

En este sentido, la Directiva 2003/88 establece que los estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar cuatro semanas de vacaciones a todos los trabajadores, que no podrán ser sustituidas por compensación económica salvo si concluye la relación laboral.

En el presente caso el Tribunal alemán se plantea si la normativa europea se opone a la normativa alemana al exigir que el trabajador solicite las vacaciones como requisito para disfrutar de estas y no perder su derecho al final del periodo de devengo sin posibilidad de compensación económica, y no obligar sin embargo al empresario a establecer por su propia iniciativa un calendario de vacaciones en el periodo de devengo.

A tal efecto el Tribunal alemán suspende el procedimiento y plantea dicha cuestión al TJUE para su resolución, órgano que concluye lo siguiente:

(i) La normativa comunitaria se opone a normativas nacionales que establezcan la pérdida automática del derecho de vacaciones no disfrutadas durante su periodo de referencia, sin verificar anteriormente que el empresario haya facilitado e informado al trabajador de su disfrute y, correlativamente, de su derecho a una compensación económica en caso de extinguirse la relación laboral.

(ii) Debe inaplicarse la normativa nacional que impida garantizar al trabajador sus derechos adquiridos a vacaciones o, en caso de extinción de la relación laboral, a la compensación económica, si el empresario no puede demostrar su diligencia para que el trabajador hubiera podido disfrutar esas vacaciones.

LA EMPRESA DEBERÁ SEGUIR EL TRÁMITE DE DESPIDO COLECTIVO PESE A QUE LA EXTINCIÓN DE DETERMINADOS CONTRATOS LABORALES SE ENCUENTRE AMPARADA POR ACUERDO DE FIN DE HUELGA

Marta Gimena • Abogada

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2018 (Rec. núm. 3594/2016)

La Sentencia dictada por el Tribunal Supremo unifica doctrina acerca de la calificación del despido que se produce cuando la extinción del contrato de trabajo fijo discontinuo no ha seguido los trámites previstos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores para los despidos colectivos, cuando su cese, sumado a los de otros trabajadores fijos discontinuos de la misma empresa y acordados en las mismas fechas, supera los umbrales numéricos previstos en dicha norma.

La cuestión se centra en determinar si debe calificarse tal extinción de contrato como un despido nulo por no haberse respetado los umbrales o bien si debería calificarse como despido improcedente al encontrar su causa extintiva en un acuerdo de fin de huelga con los representantes de los trabajadores.

La Sentencia parte de una afirmación importante: es irrelevante el mecanismo utilizado para exceder los umbrales. Es decir, resulta indiferente que las extinciones de determinados contratos de trabajo tengan su origen en la falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos y que dicha conducta se vea amparada por un acuerdo de fin de huelga con los representantes de los trabajadores.

En cuanto a si existen opciones legales diferentes al procedimiento de despido colectivo para extinguir contratos de trabajo indefinidos en número superior a los umbrales del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, cuando tales extinciones obedezcan de alguna manera a causas económicas, organizativas, técnicas o productivas, la respuesta del Tribunal es negativa.

Recordando que la cuestión no es novedosa -Sentencias de 17 de mayo de 2016 y de 14 de marzo de 2017, y tres sentencias más de la misma Sala, de 10 de mayo de 2017- se afirma con rotundidad que, en nuestro ordenamiento jurídico, desde siempre, el Estatuto de los Trabajadores ha sancionado con la nulidad los despidos o extinciones del contrato que, vulnerando la letra y el espíritu de la ley, han eludido la tramitación colectiva en los casos exigidos en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

La razón de la nulidad se encuentra en el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: "*La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51. 2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51, 7º del mismo texto legal (...) En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley*".

El empresario no puede optar por otros cauces de extinción de contratos de trabajo que superen los umbrales del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores distintos al procedimiento de despido colectivo que esta norma regula.

Al hilo de la cuestión, afirma el propio Tribunal, refiriéndose a la eficacia de un acuerdo de fin de huelga, que este tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo (RDL 17/1977, de 4 de marzo), pero no podrá, en ningún caso, alterar las consecuencias legales descritas anteriormente en relación con los despidos colectivos.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA CONSIDERA AJUSTADO AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN LA INEXISTENCIA DE INDEMNIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE FINALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE INTERINIDAD POR REINCORPORACIÓN DEL TRABAJADOR

Paula Fernández • Abogada

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17)

Siguiendo con el caso de la famosa doctrina "Diego Porras", el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**TJUE**") se ha pronunciado finalmente sobre las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo el 25 de octubre de 2017, relativas a la indemnización en los casos de finalización de contratos de interinidad.

La primera de las cuestiones prejudiciales planteadas giraba en torno al hecho de que, en caso de extinción de un contrato de interinidad por sustitución a otro trabajador con reserva de puesto de trabajo, la legislación española contempla una diferencia, a la hora de establecer o no una indemnización, entre si esta extinción viene producida por la reincorporación del trabajador sustituido (en cuyo caso no habrá indemnización) o si esta obedece a otras causas legalmente tasadas (donde sí habrá indemnización igual a la que recibiría un trabajador fijo en este supuesto). Así, se preguntaba si esta diferencia contradice el mandato europeo de no discriminación entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos comparables, reflejado en el artículo cuarto del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

El TJUE acoge el razonamiento del Gobierno español, reconociendo que las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o acontecimiento que determina su término, lo que justifica la ausencia de abono de indemnización cuando se produzca este acontecimiento o se llegue a la fecha pactada. Sin embargo, la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores supone la frustración de las expectativas del trabajador, lo que justifica el abono de una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio, indemnización que se abonará con independencia de la duración determinada o indefinida del contrato de trabajo.

De esta manera, el TJUE concluye que hay una razón objetiva que justifica la diferencia de trato, no contraviniendo así nuestra normativa nacional el principio de no discriminación europeo.

En la segunda de las cuestiones prejudiciales, se plantea si la medida tomada por el legislador español, consistente en establecer una indemnización para la finalización de un contrato temporal de doce días de salario por año trabajado, es una medida apropiada para prevenir y sancionar el uso abusivo de contratos de duración determinada, obligación establecida en el artículo quinto del Acuerdo Marco arriba citado.

El TJUE indica, respecto a esta cuestión, que es el tribunal nacional el que debe apreciar, teniendo en cuenta todas las normas de derecho interno aplicables, si una medida como esta, en la que se establece una indemnización en caso de finalización de un contrato temporal, constituye una medida apropiada para prevenir y sancionar los abusos en la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. De esta manera, el TJUE solo puede aportar precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional en su apreciación, precisiones que aporta en este caso, indicando que, a su parecer, esta medida no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de lo establecido en el artículo quinto del Acuerdo Marco. Así, corresponderá valorar al tribunal nacional la suficiencia o no de esta medida teniendo en cuenta todo su derecho interno.

Por último, se pregunta al TJUE sobre si el hecho de que se establezca una indemnización de doce días por año de servicio para la finalización de los contratos de duración determinada, no siendo esta aplicable a los contratos de interinidad, contradice, de nuevo, el mandato del artículo quinto del Acuerdo Marco relativo a la obligación de los estados de tomar medidas apropiadas para prevenir y sancionar los abusos en la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. El TJUE concluye, respecto a este punto, que este hecho solo puede menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco si no existe, en Derecho español, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad, extremo que corresponderá verificar al tribunal español.

Coordinadores de la Newsletter
—
Luis Enrique Fernández Pallarés
Socio
lefernandez@perezllorca.com
Tel: +34 91 436 33 11

Laura Pérez
Abogada Sénior
lperez@perezllorca.com
Tel: +34 91 423 67 38

Sede
Castellana 50
28046 · Madrid

Paseo de la Castellana, 259 A
28046 Madrid
—
Diagonal 640, 8ºA
08017 · Barcelona
—
24 Monument Street, 8th floor
EC3R 8AJ · London
—
375 Park Avenue, 38th floor
10152 · New York