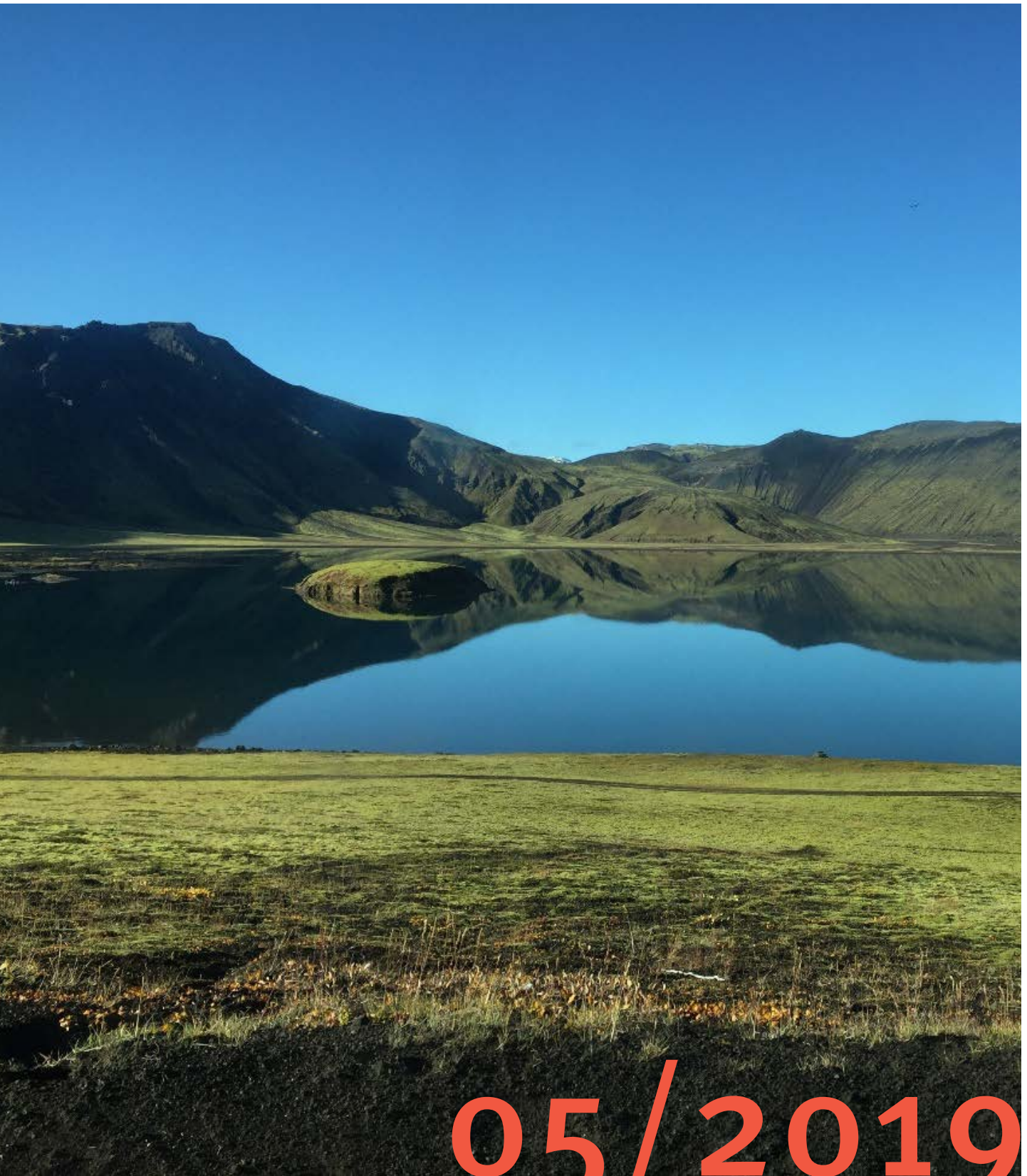


Pérez-Llorca



Newsletter
Laboral



05/2019

Copyright © 2019 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

4 ¿Cuándo puedo extinguir el contrato de un trabajador por ineptitud sobrevenida?

Carlos Olabarri Tamayo

Novedades jurisprudenciales

7 Recabar un informe caligráfico a partir de un documento que contiene datos personales del trabajador no vulnera su derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal

Inés Martínez Lliso

9 El fondo de garantía salarial puede efectuar la opción del despido improcedente cuando una empresa en concurso no comparece al acto del juicio

Inés Martínez Lliso

10 Casuística sobre el accidente de trabajo “*in itinere*”

Laura Cantero

12 Indemnización por daño moral por negar la adaptación de jornada en supuestos de reducción de jornada

Candela Calahorra

13 El permiso retribuido por fallecimiento debe iniciarse al día siguiente del hecho causante

Candela Calahorra

¿CUÁNDO PUEDO EXTINGUIR EL CONTRATO DE UN TRABAJADOR POR INEPTITUD SOBREVENIDA?

Carlos Olabarrí Tamayo · Abogado

I. Introducción a esta modalidad de extinción del contrato de trabajo

Dentro de las distintas causas para proceder al despido objetivo de un trabajador reguladas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, “ET”), no es de extrañar que el legislador haya decidido incluir la posibilidad de que la empresa pueda llevar a cabo un despido basado en la ineptitud sobrevenida del trabajador.

No obstante, la Ley no ofrece una definición clara sobre que se entenderá por “ineptitud sobrevenida del trabajador”, lo cual ha requerido un posterior desarrollo jurisprudencial que ha servido para establecer los requisitos básicos de este tipo de extinciones.

Por otro lado, es frecuente encontrarnos con otras figuras afines a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida (p.ej. no superación de periodos de prueba, incapacidades, etc.), que en ocasiones pueden inducir a error a las empresas.

El objetivo del presente artículo no es otro que analizar los requisitos básicos que deben darse para articular un despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador, así como ofrecer una serie de advertencias prácticas sobre las diferencias existentes con otras figuras afines.

II. Requisitos para llevar a cabo una extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida

Lo primero que debemos tener en cuenta es que no todo tipo de ineptitud sobrevenida del trabajador habilita a la empresa a proceder a la extinción de la relación laboral.

Así, nuestros Tribunales han venido estableciendo los requisitos que debe reunir una ineptitud sobrevenida para que la empresa pueda acreditar la suficiencia de esta causa de despido. Estos requisitos son:

- (i) Debe existir un carácter no voluntario en la disminución del rendimiento de trabajo. Es decir, en caso de existir voluntariedad por parte del trabajador, la empresa debe proceder a llevar a cabo un despido disciplinario, pero no una extinción por ineptitud sobrevenida.
- (ii) Ha de valorarse sobre las tareas propias de la prestación laboral acordada, y no sobre la realización de trabajos distintos a los habituales (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2005 Rec. Núm. 9467/2004).
- (iii) Debe afectar a tareas esenciales. Así, se considerará improcedente la extinción cuando afecte a actividades accesorias.
- (iv) La ineptitud ha de ser sobrevenida o posterior al inicio de la prestación de servicios. Es decir, la ineptitud originaria no puede alegarse posteriormente como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo.

Pérez-Llorca

- (v) Debe tener cierta entidad, de forma que ha de constituir una aptitud inferior a la media normal teniendo en cuenta el momento, lugar y profesión. De no existir una merma notable en el rendimiento, o ser esta atribuible a otros factores (p.ej. los medios de trabajo), la extinción se considerará improcedente (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, Sede en Burgos, de fecha 16 de julio de 2015 Rec. Núm. 416/2015).
- (vi) Debe ser permanente y no meramente circunstancial (p.ej. por sí misma, la incapacidad temporal no justificaría una extinción por ineptitud sobrevenida) (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y la Mancha, de fecha 18 de febrero de 2016 Rec. Núm. 1680/2015).
- (vii) La carga de la prueba corresponde a la empresa, que también deberá cumplir con todos los requisitos formales propios a cualquier extinción por causas objetivas (i.e. comunicación de la causa por escrito, puesta a disposición simultánea de la indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el máximo de doce mensualidades y cumplimiento del preaviso mínimo) Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, Sede en Sevilla, de fecha 15 de octubre de 2008 Rec. Núm. 4307/2007).

En línea con los puntos anteriores, varios son los supuestos encuadrables dentro de la ineptitud sobrevenida como causa de despido, siendo los más relevantes: (i) la ineptitud física o psíquica; (ii) la ineptitud por pérdida de los requisitos profesionales necesarios; y (iii) la ineptitud sobrevenida detectada en reconocimiento médico.

Además, y si bien no constituye un requisito como tal, no es poco frecuente que los Convenios Colectivos establezcan cláusulas de conservación del empleo que busquen soluciones alternativas a la extinción contractual por ineptitud sobrevenida (p.ej. la reubicación a otro puesto de trabajo). En este tipo de situaciones la empresa debe acreditar que ha tenido en cuenta todos los medios a su alcance antes de adoptar esta medida.

III. Diferencias con otras figuras afines

Una vez analizados los requisitos básicos en torno a la extinción del contrato laboral por ineptitud sobrevenida del trabajador, es importante saber diferenciarlo de otras figuras afines que, en la práctica, pueden suscitar dudas a las empresas.

- (i) En primer lugar, es importante deslindar esta figura de la no superación del periodo de prueba. En este sentido, el ET señala expresamente que la ineptitud que puede invocar la empresa para extinguir el contrato debe ser “conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva en la empresa”, de forma que la ineptitud que exista antes de cumplir el periodo de prueba, una vez superado éste, no es causa para alegar una ineptitud sobrevenida.

Por tanto, la consecuencia práctica que debe tener en cuenta una empresa al respecto, es que la superación del periodo de prueba por parte del trabajador, crea la presunción de que éste posee la aptitud para los trabajos o funciones a realizar.

Así, y como norma general, la ineptitud originaria no podrá alegarse posteriormente como causa objetiva para proceder a extinguir un contrato de trabajo (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de fecha 24 de abril de 2007 Rec. Núm. 578/2007).

- (ii) Por otro lado, también conviene tener en cuenta la diferencia que presenta esta figura con respecto a la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, que constituye una verdadera causa de despido disciplinario (artículo 54.2 e) del ET).

Así, y si bien en ambos supuestos se reduce el nivel de desempeño adecuado y/o provechoso de un determinado trabajo, nuestros Tribunales han venido estableciendo que la causa del despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador debe revestir un carácter no voluntario.

Por tanto, en caso de que la disminución del rendimiento del trabajo sea voluntaria, la empresa estará habilitada para despedir de forma disciplinaria (sin abono de indemnización), pero no para despedir de forma objetiva por ineptitud sobrevenida del trabajador (abonando una indemnización de 20 días por año de servicio con el límite de 12 mensualidades).

- (iii) Asimismo, no debe confundirse la figura de la ineptitud sobrevenida con la de la incapacidad permanente (en adelante, “IP”).

En este sentido, la ineptitud física como causa de extinción suele presentar interrelaciones con los supuestos de IP. Sin embargo, una IP constituye una situación que da lugar a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social, permitiendo por sí misma la extinción de la relación laboral.

Por el contrario, una ineptitud física no exige ningún grado de incapacidad y constituiría una causa de despido suficiente si impide al trabajador desarrollar la actividad laboral encomendada. Es decir, una ineptitud física puede existir cualesquiera que sean los motivos y el origen de las dolencias, exigiendo únicamente que sea sobrevenida y posterior a la relación laboral.

Por tanto, puede declararse perfectamente procedente la resolución del contrato fundamentado en la ineptitud del trabajador, aun cuando la situación de éste no alcance ninguno de los grados de IP previstos en la Ley (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 2 de mayo de 2014 Rec. Núm. 833/2014).

- (iv) Por último, en el caso de la incapacidad temporal (en adelante “IT”), es importante tener en cuenta que esta tan sólo se contempla como una causa de suspensión del contrato de trabajo y no como una causa extintiva.

Por lo tanto, debido a su carácter transitorio, una IT no es susceptible de ser calificarse como una ineptitud laboral real y definitiva (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, Sede en Burgos, de fecha 11 de junio de 2008 Rec. Núm. 237/2008).

IV. Conclusión

En conclusión, es importante que una empresa pueda advertir las diferencias existentes entre un despido objetivo por ineptitud sobrevenida y otras figuras afines. Así, y sólo cuando se cumplan los requisitos a tal efecto, una empresa podrá proceder a despedir de forma objetiva a un trabajador por ineptitud sobrevenida.

RECABAR UN INFORME CALIGRÁFICO A PARTIR DE UN DOCUMENTO QUE CONTIENE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR NO VULNERA SU DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Inés Martínez Lliso · Abogada

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de diciembre de 2018 (Rec. núm. 3206/2018)

En el presente recurso se debate si la obtención de una prueba pericial caligráfica aportada por la empresa debe declararse nula por vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador, al haberse obtenido de un documento que obraba en poder de la empresa y que recogía datos personales del mismo.

En el caso de autos, el actor es sancionado disciplinariamente por una infracción muy grave con la suspensión de empleo y sueldo de 30 días. En concreto, la conducta del trabajador consistió en realizar una pintada en los vestuarios masculinos de la empresa en la que insultaba y ofendía a otra trabajadora.

La empresa, con el objetivo de determinar la autoría de los hechos y tras interrogar a diversos trabajadores, proporcionó a un perito caligráfico muestras de caligrafía del trabajador para que realizase el cotejo de letras. Entre dichos documentos obraba uno en el que constaban la fecha de nacimiento, la dirección, el teléfono, los estudios, el estado civil y el número de hijos del trabajador.

El actor interpone demanda solicitando la revocación de la sanción y la declaración de nulidad del informe pericial al considerar que la investigación se llevó a cabo vulnerando su derecho a la intimidad y a la protección de datos por haber hecho uso, sin su consentimiento, de un documento donde se recogían datos personales.

Tanto el Tribunal de la instancia como el Tribunal Superior de Justicia desestiman la demanda al entender que la conducta adoptada por la empresa es conforme a Derecho por ser una medida empresarial que, pese a restringir el derecho fundamental a la intimidad del trabajador, supera el juicio de proporcionalidad que justifica la medida.

En tal sentido consideran, que:

- (i) se trata de una medida idónea para lograr el fin propuesto por la empresa y así determinar la autoría de las pintadas que habían ofendido la dignidad de una trabajadora, antes de decidir el ejercicio de la potestad sancionadora, ya que la empresa tiene la obligación de averiguar el origen de la pintada en cuanto que se trata de un acto vandálico con propósito de ofender a otro trabajador.
- (ii) es una medida necesaria pues dicha prueba debía practicarse con carácter previo a la incoación de un expediente sancionador, sin que hubiese otra medida para la consecución de dicho propósito. De hecho, fundamenta la sentencia que impedir su práctica vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa pues le obligaría a sancionar al trabajador basándose en meras sospechas, todavía más cuando la carga de la prueba recae sobre quien pretende sancionar.

Pérez-Llorca

- (iii) es una medida proporcionada pues la empresa utilizó documentos que habían sido previamente facilitados por el trabajador y que obraban en su poder, y de todos los documentos que se aportaron, solo uno de ellos contenía datos que podían afectar a su intimidad. Además, la difusión de tales datos fue mínima, porque solo se facilitaron al perito y se proporcionaron para un fin concreto, el decidir sobre hacer uso de su potestad disciplinaria.

EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL PUEDE EFECTUAR LA OPCIÓN DEL DESPIDO IMPROCEDENTE CUANDO UNA EMPRESA EN CONCURSO NO COMPARECE AL ACTO DEL JUICIO

Inés Martínez Lliso · Abogada

[Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2019 \(Rec. núm. 620/2018\)](#)

El presente recurso para la unificación de doctrina resuelve sobre si el Fondo de Garantía Salarial (en adelante, “**FOGASA**”) está legitimado para ejercitar la opción de abono de la indemnización en caso de despido improcedente cuando una empresa declarada en concurso no ha comparecido al juicio y tiene la condición de responsable subsidiario de las obligaciones derivadas del despido.

En el caso de autos, dos trabajadores fueron despedidos por causas objetivas como consecuencia del cierre de la empresa que, meses más tarde, fue declarada en concurso de acreedores. Interpuesta demanda por despido, la empresa es condenada al pago de la indemnización por despido improcedente y al abono de los salarios de tramitación incurridos desde el cese de la actividad hasta la declaración de improcedencia por sentencia, siendo, el FOGASA responsable subsidiario de dichas cantidades.

El FOGASA recurre en suplicación alegando que en el procedimiento había manifestado la opción por la indemnización, considerando el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que dicho organismo no podía subrogarse en la posición de la empresa al no atribuirle dichas facultades el artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, “**LRJS**”) y carecer de la condición de empresario.

En contra, se pronuncia el Tribunal Supremo sentando el criterio de que el FOGASA, pese a ser ajeno a la relación laboral, por el hecho de ser un garante subsidiario de las cantidades a abonar en caso de despido improcedente, puede ejercitar la opción en nombre de la empresa cuando ésta no comparezca al acto del juicio dado que el artículo 23.2 y 3 LRJS autoriza al FOGASA a instar en el proceso “lo que convenga en Derecho”.

Todo lo anterior, entiende el Tribunal Supremo, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos:

- (i) que la empresa no haya comparecido en el acto del juicio,
- (ii) que se trate de una empresa incurso en un procedimiento concursal o declarada insolvente,
- (iii) que la empresa haya cesado en su actividad y sea imposible o difícil realizar la readmisión,
- (iv) que el titular de la opción sea la empresa, y
- (v) que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción.

CASUÍSTICA SOBRE EL ACCIDENTE DE TRABAJO “*IN ITINERE*”

Laura Cantero · Abogada

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de marzo de 2019 (Rec. núm. 979/2018)

La controversia en esta sentencia consiste en determinar si la situación de incapacidad temporal sufrida por la trabajadora demandante puede entenderse derivada de un accidente de trabajo “*in itinere*” y no como un accidente no laboral.

En el caso concreto, la trabajadora sufre el accidente cuando se dirigía desde el lugar donde había tenido una reunión de trabajo a su centro de trabajo habitual. Durante este trayecto, realiza una parada en una clínica (que se encontraba en un punto intermedio) para gestionar un informe médico requerido por la empresa, y es a la salida de la clínica donde sufre una caída en la calle, causante de la incapacidad temporal.

El Tribunal establece que para poder considerar un accidente como laboral “*in itinere*” deben concurrir una serie de requisitos:

- (i) que el viaje esté motivado por el trabajo (elemento teleológico),
- (ii) que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico),
- (iii) que se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico),
- (iv) que el trayecto se realice con el medio normal de transporte (elemento de idoneidad).

En este caso concreto: (i) el accidente se produce entre el lugar en el que acude únicamente a una reunión y el centro de trabajo, (ii) la trabajadora intercala durante su trayecto la visita de una consulta médica, (iii) no existe conexión con el trabajo, porque a pesar de que la empresa le requirió para presentar el informe, en ningún momento le indicó que lo hiciera ese día (pues la fecha indicada era otra) ni durante su jornada de trabajo.

Por lo tanto, no concurren el elemento teleológico, geográfico ni cronológico, y respecto a la habitualidad del medio de transporte, el accidente se produjo por una caída en la calle, sin utilización de medio alguno.

Por todo lo expuesto, el Tribunal rechaza la consideración del accidente como laboral “*in itinere*”, apreciando que se trata de un accidente no laboral.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de enero de 2019 (Rec. núm. 2505/2018)

Tal y como se ha expuesto en el análisis de la sentencia anterior, relativa a los requisitos para la calificación de un accidente como “*in itinere*”, se deben tener en cuenta varios supuestos para aceptar la existencia del mismo.

Pérez-Llorca

Así, en relación con las reglas generales antes referidas es importante destacar que las mismas también encuentran su excepción. En este caso, se considera la existencia de un accidente de trabajo “*in itinere*” si se produce cuando la trabajadora se trasladaba desde su domicilio a la localidad donde debía desarrollar ese día sus funciones de enfermera.

Durante el trayecto, la trabajadora se desvía a otra localidad, donde vivían sus padres para poder dejar a su hijo con ellos al no tener clase ese día, y es en ese momento cuando sufre el accidente.

En este otro supuesto, se considera que, como la desviación estaba motivada por la necesidad de conciliar su vida personal y familiar con la laboral, no se rompe el nexo causal pues se desvió para poder ir al centro de trabajo y prestar los servicios correspondientes.

A la vista de estas sentencias cabe destacar la importancia de atender a las circunstancias concretas de cada caso, pues se trata de una cuestión muy casuística.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL POR NEGAR LA ADAPTACIÓN DE JORNADA EN SUPUESTOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA

Candela Calahorra · Abogada

[Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de marzo de 2019 \(Rec. 1596/2018\)](#)

Esta sentencia analiza el concepto de las indemnizaciones por daños y perjuicios en procedimientos de conciliación de la vida familiar y laboral.

En el caso enjuiciado, una trabajadora presta servicios de lunes a sábado con horario de trabajo en turno rotativo y solicita, junto con la concreción horaria en turno de mañana, una reducción de jornada por el nacimiento de su hija.

La empresa pese a acceder a la petición de la reducción de jornada, deniega la concreción horaria alegando que la tienda tiene una organización ya establecida y no es posible su modificación.

Ante dicha negativa, la trabajadora demanda a la empresa y, además, solicita una indemnización por daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de adaptar su jornada.

El juez considera que la negativa empresarial de concretar la jornada laboral de la empleada fue injustificada e irrazonable. En efecto, el Tribunal argumenta que: (i) la trabajadora presta servicios en una empresa de grandes dimensiones que forma parte de un grupo de carácter nacional que le permite una mayor capacidad organizativa y que, (ii) la empresa dispone de un plan de igualdad que evidencia un mayor conocimiento de las dificultades laborales de las trabajadoras en cuanto a conciliación laboral y familiar.

El Tribunal concluye que, aunque la situación enjuiciada no da lugar a daño material alguno, porque la reducción de jornada solicitada viene acompañada de una reducción retributiva proporcional al tiempo de trabajo, sí existe el daño moral solicitado por la trabajadora. Por lo anterior, condena a la empresa al abono de una indemnización por daño moral de 3.125 euros de conformidad con el artículo 7.5 y 40 de la LISOS.

EL PERMISO RETRIBUIDO POR FALLECIMIENTO DEBE INICIARSE AL DÍA SIGUIENTE DEL HECHO CAUSANTE

Candela Calahorra · Abogada

[Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2019 \(Rec. 91/2019\)](#)

La Audiencia Nacional analiza en esta sentencia el día en que debe empezar a computarse el permiso por fallecimiento de familiares, concretamente aquellas empresas en las que es de aplicación el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center. A este respecto, el Convenio Colectivo establece: *“el personal, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, y desde que ocurra el hecho causante, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente [...]”*.

La empresa demandada defiende que el permiso retribuido debe iniciarse desde el mismo día en que se produce el hecho causante, siendo irrelevante que éste se produzca durante la jornada laboral de los trabajadores o concluida la misma. Los demandantes, por el contrario, mantienen que debería disfrutarse a partir del día siguiente.

La Sala comparte la tesis de los demandantes dado que la finalidad del permiso es que los trabajadores atiendan el estado de necesidad provocado por el fallecimiento de su familiar. Así, argumenta el meritado tribunal que dicha finalidad no se alcanzaría si se resta el día del hecho causante cuando el fallecimiento del familiar se produce durante la jornada laboral o una vez concluida esta.

En cualquier caso, si bien es cierto que el Convenio Colectivo de aplicación establece que el derecho se activa desde que ocurra el hecho causante, pudiendo este suceder cuando el trabajador esté prestando servicios o cuando haya concluido su jornada, el Tribunal argumenta que cuando los plazos queden señalados por días, a contar desde uno determinado, dicho día quedara excluido del cómputo, tal y como recoge el artículo 5.1 del Código civil, debiendo comenzar el cómputo a partir del día siguiente.

Coordinadores de la Newsletter

—

Luis Enrique Fernández Pallarés
Socio
lefernandez@perezllorca.com
Tel: +34 91 436 04 23

Laura Pérez Benito
Socia
lperez@perezllorca.com
Tel: +34 91 423 67 38

Pérez-Llorca

Sede

Castellana 50
28046 · Madrid

Paseo de la Castellana, 259 A
28046 · Madrid

—

Diagonal 640, 8º A
08017 · Barcelona

—

24 Monument Street, 8th floor
EC3R 8AJ · London

—

375 Park Avenue, 38th floor
10152 · New York

