

Número **205**

# JURISDICCIÓN SOCIAL

Revista de la Comisión de lo Social de  
Juezas y Jueces para la Democracia

Noviembre  
**2019**



- Artículos
- Legislación
- Negociación colectiva
- Jurisprudencia
- Organización Internacional del Trabajo
- Administración del Trabajo y Seguridad Social
- NOVEDAD  
Carta social europea: artículos y jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales

**Juezas y Jueces**  
*para la* **Democracia**

**Comisión de lo Social**

Juezas y Jueces para la Democracia  
[www.juecesdemocracia.es](http://www.juecesdemocracia.es)

# ÍNDICE

## EDITORIAL

## ARTÍCULOS

- La extinción “no causalizada” del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador. **Juan Carlos ITURRI GARATE**
- La dimisión y el despido: criterios de carga probatoria. **Florentino EGUARAS MENDIRI**
- ¿Cabe la calificación de nulidad ante un despido (disciplinario u objetivo) sin causa o con causa ficticia? **Joan AGUSTÍ MARAGALL**

## LEGISLACIÓN

- Estatal
- Comunidades Autónomas
- Unión Europea

## NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Estatal
- Comunidades Autónomas

## JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

## ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

## CARTA SOCIAL EUROPEA

NOVEDAD

# EDITORIAL

La Comisión Social ha realizado su reunión anual en la ciudad de Lisboa los días 14 y 15 de noviembre. En este número queremos, por tanto, realizar un monográfico sobre las cuestiones que allí se plantearon, y que tuvieron como uno de los ejes principales la reflexión sobre la importancia de la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto instrumentos normativos que nos permiten proteger de forma efectiva los derechos sociales desde la jurisdicción.

Desde la Comisión Social venimos denunciando la degradación de las condiciones de trabajo a que se ha visto sometida una grandísima parte de la población desde la implantación de las últimas reformas laborales. La reducción salarial, el aumento del paro y la desigualdad, nos enfrentan con una realidad en la que cada vez es más difícil hablar de vidas decentes, emergiendo como nueva clase social el precariado al que se refiere Guy Standing.

Frente a la interpretación de las leyes que hemos venido realizando, algunos sectores han reaccionado calificando nuestra actuación como una suerte de "activismo judicial contra la reforma", demandando nuevos cambios al Ejecutivo para blindar la norma, mientras que el Banco de España ha aludido en varias ocasiones a la evidente influencia de las asociaciones judiciales progresistas en la cantidad de fallos favorables a los trabajadores.

En este punto hay que destacar de nuestra experiencia en Lisboa, el contacto con Jueces/as de Brasil y Portugal, que nos ha mostrado que los problemas de la judicatura son muy parecidos en los distintos países y que las acusaciones de "activismo judicial" que sufrimos los Jueces/as de lo social no son un caso aislado de España, sino que es un tópico empleado por aquellos poderes a quienes no interesa que los jueces/as cumplamos con nuestra misión de garantes de los derechos fundamentales y del derecho humano del trabajo. Desde aquí, por supuesto, no podemos sino apoyar a los compañer@s brasileños, ante los intentos del poder político de suprimir y desballestar la justicia social en Brasil, fruto de años de lucha y acción social.

Frente a tal crítica, reivindicamos nuestra función, como jueces/as constitucionales y comunitarios y como aplicadores de los Tratados y Convenios de Derechos Humanos, siendo nuestra obligación la de recordar que hay determinados límites que son indisponibles por el legislador de turno, y ello no en base a un uso alternativo del derecho (como se nos reprocha), sino por elemental y obligado respeto al sistema de fuentes de nuestro marco jurídico constitucional, comunitario e internacional, y en aplicación de los principios de

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Belén Tomas Herruzo  
José Luis Asenjo Pinilla  
Ana Castán Hernández  
Amaya Olivas Díaz  
Carlos Hugo Preciado  
Domènech  
Jaime Segalés Fidalgo

legalidad, supremacía constitucional y primacía de los Tratados y Convenios Internacionales.

Desde este lugar, la Carta Social Europea y las Recomendaciones que emanan del Comité de Expertos nos vinculan directamente, debiendo someter las normas del ordenamiento interno al control de convencionalidad -obligado por el principio de jerarquía normativa del art.9.3 CE- e inaplicando aquellas que se opongan a los derechos que allí se protegen (STC 140/2018, F.6). Así mismo, el CEDH, tras 70 años de vigencia, ha atesorado una rica jurisprudencia social, acuñada por el TEDH, que cualquier juez/a comprometido con su función constitucional no puede orillar.

La neutralidad del derecho es un mito, y así nos lo demuestran de manera ejemplar, como mito es la apoliticidad de las instituciones, el imperio de la ley o el sometimiento de los jueces a la mencionada ley. Pero la mitología positivista, siempre al servicio de una relación de dominación, ha devenido una ficción vacía de contenidos, incluso una fábula, no solo incapaz de describir el oficio del juez y el del jurista sino deshonestamente. Deshonesto, porque niega contra la evidencia la importancia de los valores y de la ideología en el trabajo jurídico.

En este sentido, tenemos que recordar dos premisas básicas:

- Los derechos sociales son derechos que pueden y deben ser igualmente configurados que los derechos civiles y políticos, y por tanto, deben ser efectivos en el mismo sentido que aquellos. En realidad, la distancia teórica y práctica debería ser efectuada entre los derechos civiles y sociales respecto a los “derechos patrimoniales”, que necesitan de la exclusión para seguir perpetuándose, al ser concebidos como privilegios. El principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrado en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, no tiene vuelta atrás, y supone la superación -por trasnochadas e inconsistentes- de las visiones jerárquicas de los derechos, que sitúan a los civiles y políticos por encima de los derechos sociales, los cuáles dependerían siempre de la disponibilidad de recursos y la "buena" voluntad política
- Los obstáculos para la plena justiciabilidad de los derechos sociales no son lagunas del legislador, sino lagunas de su conocimiento.

Solo cabe, por tanto, y aún más en tiempos de crisis o amenaza a las conquistas del Estado Social, una perspectiva interdependiente, garantista y políticamente consciente de la justiciabilidad de los derechos sociales.

# ARTÍCULOS

## LA EXTINCIÓN “NO CAUSALIZADA” DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ENFERMEDAD DEL TRABAJADOR

**Juan Carlos Iturri Garate**

Magistrado de la Sala de lo Social  
Tribunal Superior de Justicia. País Vasco

### INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ha realizado con ocasión de un encargo que me hizo la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a desarrollar con ocasión de una jornada sobre el empleo de las personas con discapacidad que organizó en el campus de la Puerta de Toledo de la Universidad Carlos III.

Debo agradecer la amabilidad con la que me trataron y de ahí esta mención a los mismos.

### RESUMEN

De siempre se ha considerado ilegítimo el despido disciplinario con causa en la enfermedad del trabajador, pues éste ha de basarse en un incumplimiento contractual culpable y grave del mismo.

Pero la polémica se ha centrado en la calificación que merece ese ilegal despido.

A diferencia de lo que se decía en el pasado, desde principios de este siglo nuestra jurisprudencia se ha decantado por la improcedencia en esta materia como principio general, relegando la calificación de nulo supuestos muy excepcionales.

En la actualidad, este estado de las cosas está evolucionando en los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia. Y lo hace ensanchamiento el ámbito operativo de la nulidad y la reduciendo el de la improcedencia, aunque sigue siendo ésta el principio general.

Y ello por base el vigente concepto social de la discapacidad, en cuanto que es un concepto amplio, variable y evolutivo. Y también tiene cierta repercusión en razón de la creciente incorporación de las personas con diversidad funcional al mundo del trabajo.

Éste es el objeto de este trabajo: analizar el actual estado de esta cuestión.

## PALABRAS CLAVE

Despido disciplinario. Discriminación. Discapacidad. Despido nulo. Despido improcedente. Disminución voluntaria y continuada de rendimiento. Convención. Discriminación por discapacidad. Enfermedad. Enfermedad de larga duración. Directiva 78/2000. Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

### 1.- GENERALIDADES. ANTECEDENTES. DERECHO COMPARADO

En el ordenamiento laboral del siglo pasado dominó la idea de que la enfermedad no podía fundar válidamente un despido.

En este sentido, recordar que el artículo 79, punto primero, de la Ley del Contrato de Trabajo (BOE 24 de febrero de 1944) ya indicaba que el contrato de trabajo no podía extinguirse durante tal incapacidad temporal, salvo que la misma pudiese atribuirse al trabajador y mientras no se superasen los plazos fijados por la Ley o el reglamento y en su defecto, por el uso y la costumbre.

Esto se mantiene hoy en día y es lógico. En caso de enfermedad, el trabajador no cumple con la obligación de trabajar es por una causa inimputable al mismo. Por otra parte, esa causa se halla debidamente justificada con el reconocimiento oficial de esa enfermedad a través del paso a la situación de incapacidad temporal y el correspondiente parte médico de baja laboral.

Ahora bien, a tal principio se le unía una excepción que, cuando menos, ya estaba en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1980). Era el caso del artículo 52, letra d de tal Ley, el llamado “despido por absentismo”.

Este tipo de despido, junto con otros despidos, los llamados “causalizados” por la enfermedad del trabajador, se tratan en la ponencia de la profesora Moreno Solana. Hemos procurado coordinarnos para evitar repetirnos al tratar los asuntos.

Yo me centro en los “no causales”. Esencialmente en los despidos disciplinarios. Ya sean estos con invocación de la baja del trabajador como causa explicitada en la carta de despido, o bien no se invoque concreta causa en esa carta o se invoque otra distinta a la real, que es la enfermedad del trabajador. Según se deduce de leer el diverso casuismo existente, la fórmula más habitual es esta última y en concreto, fundar la carta de despido en el incumplimiento regulado en el 54, punto 2, letra d del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre); es decir, alegar la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal o pactado.

Y ya centrándonos el despido disciplinario, lo primero que se ha de recordar es que el mismo tiene su razón en un incumplimiento laboral del trabajador y que éste ha de ser grave y culpable, tal y como dispone el artículo 54, punto 1, del Estatuto de los Trabajadores.

En términos generales, no cabe considerar que la morbilidad del trabajador tenga por razón su propia voluntad y por eso no cabe justificar en la Ley el despido disciplinario por tal causa. Si el trabajador cae enfermo y por ello no pueda trabajar, la Ley prevé un efecto distinto al de la extinción del contrato por tal causa: su suspensión. Al producirse ese efecto, la persona trabajadora deja de prestar servicios y la empresaria deja de abonar los salarios (artículo 45, punto 1, letra c del Estatuto de los Trabajadores en relación con su punto 2), aunque debe de cumplir con su obligación de pago delegado de la situación de incapacidad temporal y en su caso, la mejora de tal prestación.

Y ello desde la máxima de la experiencia que hace ver que el trabajador enfermo está en un periodo de ineptitud transitoria para desplegar su actividad profesional y lo que requiere en tal momento es la atención sanitaria necesaria para su mejor y más pronta recuperación, que es lo que se encuentra en el sustrato de la situación de incapacidad temporal, según se deduce de leer el artículo 169, punto 1, letra a de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Y ya se ha dicho que, por ello, tradicionalmente y también hoy en día se considera ilegal este tipo de despido disciplinario.

Y la verdad es que este paradigma no ha evolucionado. Lo que si ha evolucionado es la calificación que merece esa terminación ilegal del contrato de trabajo y sobre todo, los efectos de esa ilegal rescisión.

Es lugar común considerar que el despido disciplinario en general puede ser procedente, improcedente o nulo (artículo 55, punto 3 del Estatuto de los Trabajadores).

También es notorio que, si no es legal o procedente, caben dos calificaciones: puede ser improcedente o nulo (artículo 55 en sus números siguientes).

Pues bien, si tradicionalmente se consideró como nulo, desde el inicio del presente siglo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sostiene la calificación de improcedente como principio general.

Tal es la vigente exégesis jurisprudencial del contenido del vigente artículo 55, número 5 del Estatuto de los Trabajadores.<sup>2</sup>

Consecuencia práctica de ese criterio: procede la opción entre readmisión con abono de salarios de tramitación o el abono de la indemnización legal, siendo que en los casos normales compete el ejercicio de tal facultad de elegir al empresario (artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores). Si se considerase tal despido merecedor de la nulidad, no habría tal opción empresarial, pues sólo cabría la obligada readmisión del trabajador, con abono al mismo de los salarios de tramitación (artículo 55, punto 6 del Estatuto de los Trabajadores).

---

<sup>2</sup> ALASTUEY SAHÚN, María Lourdes, “*El despido por motivos relacionados con la salud del trabajador. La perspectiva de la cuestión desde la óptica del Tribunal Supremo.*” Encuentro de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo con Presidentes/as de Salas de lo Social de TSJs y de la Audiencia Nacional. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, mayo, 2017.

Empero, no fue esa la idea de improcedencia la que presidió el Estatuto de los Trabajadores en su redacción originaria.

En efecto, conforme la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la nulidad del despido era la derivada jurídica de esa ilegal terminación del contrato de trabajo a instancias del empresario. Basta leer su artículo 55, punto seis: si el contrato de trabajo estaba suspendido, el despido debía declararse nulo, salvo el caso de que procediera declararlo procedente. Como quiera que la situación de incapacidad temporal<sup>3</sup> determinaba la suspensión del contrato de trabajo (artículo 45, número 1, letra c de esa misma Ley), si el trabajador estaba en situación de incapacidad temporal, el despido era nulo, a salvo el caso de que fuese procedente.

Interesa destacar esta excepción. No cabe perder de vista un importante matiz: la Ley también entonces permitía despedir por causa disciplinaria al trabajador en situación de incapacidad temporal. Ello estaba implícito en el texto. Precisamente se excluía de la calificación de nulo, para el caso de que despido disciplinario del trabajador enfermo fuese procedente. Ello podía darse, por ejemplo, en el supuesto de que el trabajador realizase trabajos incompatibles con esa situación de baja laboral. El examen de los repertorios de jurisprudencia de la época hace ver que esto efectivamente así se producía, siempre que hubiese, eso sí, causa grave y culpable.

Por otra parte ese efecto de despido nulo, frente a la más liviana calificación de improcedente, se entendía justificada en la consideración de que, en el trance del trabajador enfermo, éste tiene mermadas no sólo sus aptitudes profesionales, sino también otra serie de facultades vitales, debiendo atender principalmente a seguir el tratamiento médico y conseguir restablecerse a la menor brevedad, estando también menguada su aptitud para atender debidamente a la defensa de sus intereses caso de ser despedido. Y junto a ello, otra razón adicional: en tal situación, el trabajador no está en el centro de trabajo y por tanto, se complican por ello sus posibilidades de defensa de sus intereses frente a tal despido, cuando menos hasta cierto punto.

Como ya se ha dicho anteriormente, también esa misma redacción original del Estatuto de los Trabajadores ya preveía el despido objetivo por absentismo laboral, que incluía también algunas bajas laborales concretas, de forma parecida al vigente artículo 52, punto d del Estatuto de los Trabajadores, pero con requisitos distintos y entre ellos y relevantemente, que junto con esas bajas individuales, en todo caso, en la empresa debía superarse también un índice de absentismo global de sus trabajadores para permitir ese despido: el cinco por ciento. Este último requisito fue suprimido con la reforma laboral del año 2012. Ya se ha dicho que esta vía de despido e incluso la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2019 se tratan en otra ponencia de esta misma jornada.

El régimen normativo original del Estatuto de los Trabajadores así se mantuvo hasta la reforma laboral del año 1994.<sup>4</sup>

Uno de los efectos de esta reforma es precisamente el que surja la nueva línea jurisprudencial que cambia el estado de las cosas en esta materia. Se pasará del

---

<sup>3</sup> O la entonces existente invalidez provisional, hoy en día situación inexistente.

<sup>4</sup> En concreto este régimen legal se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que lo modificó (artículo 5, número 13).

principio general de la nulidad del despido disciplinario ilegal del trabajador enfermo, al primado de la improcedencia en su calificación, relegando la calificación de la nulidad a supuestos muy excepcionales.

E incluso luego de imponerse esos nuevos postulados a principios de este siglo-como más adelante se explica- también ha habido algún intento de volver a la calificación de nulidad del despido. Así, la profesora Velasco Portero advierte cómo ya con ocasión del debate del Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y No Discriminación, en el año 2011 se presentó una enmienda dirigida a reconocer la enfermedad como causa de discriminación, lo que hubiese propiciado la calificación de nulidad frente a la de improcedencia.<sup>5</sup>

Y no debe ser idea peregrina por desfasada, pues hoy en día hay ordenamientos jurídicos que mantienen la nulidad del despido del trabajador enfermo, al entender que existe una proscripción de la discriminación por razón del estado de salud del trabajador, como es el caso del estado francés. En otros países, se llega a similar conclusión anulatoria del despido por otra vía: la de equiparar directamente a la discapacidad diversas enfermedades de evolución progresiva, por ejemplo, la esclerosis múltiple. Es el caso del Reino Unido.<sup>6</sup>

Pues bien, pese a que mucho se ha escrito en el pasado sobre ello<sup>7</sup>, la realidad nos demuestra que, desde luego en los Juzgados y en menor medida en los Tribunales Superiores de Justicia, que también, en los últimos tiempos se está produciendo una evolución con respecto del ámbito en el que opera el principio general de la improcedencia, restringiéndolo un tanto, aunque siguen siendo mayoría los casos en que el pleito termina en despido improcedente.

Y entiendo que ese movimiento surge precisamente al calor del vigente concepto jurídico de discapacidad y sus interconexiones con la enfermedad y también de la progresiva incorporación de las personas con diversidad funcional al mundo laboral.

Entiendo que ha habido dos textos legales muy relevantes en esta materia y ello porque contenido ha sido crucial para provocar ese cambio: la Directiva europea 200/78 y la Convención de Nueva York de 2006, textos ambos determinantes de del contenido de nuestra vigente Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).

Incluso antes de que surgiera la jurisprudencia que fija el paradigma de la improcedencia, surgió la (para entonces) muy progresista Directiva 2000/78/CE, del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

---

<sup>5</sup> VELASCO PORTERO, María Teresa. "El despido del trabajador enfermo. ¿improcedencia o nulidad?. Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 39, 2014.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia. "Enfermedad Crónica y despido del trabajador; una perspectiva comparada". Revista electrónica Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Volumen 3, núm. 1. 2015. Adapt University Press.

<sup>7</sup> Una buena recensión de lo acontecido en el pasado se encuentra en el libro de TOLEDO OMS. Albert. "El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal". Editorial Aranzadi, S.A. 2009.

Y es que esa Directiva introducía muchas novedades. Para lo que nos interesa, lo más importante: protegía expresamente a la persona trabajadora contra la discriminación por su discapacidad (artículo 1), proscribía tanto la discriminación directa como indirecta (artículo 2) y fijaba por primera vez la obligación empresarial de ajustes razonables (artículo 5). Fue traspuesta a España por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Este es el primero de esos textos legales y hacía ver ya el paso del concepto médico o rehabilitador al vigente modelo social en el tratamiento de las políticas públicas en materia de discapacidad. El movimiento para la vida independiente había tenido eco mundial y empezaba a producir sus efectos en Europa. Fue un movimiento propiciado por el gran Ed Roberts y tuvo su origen en la Universidad californiana de Berkeley en los años sesenta del siglo pasado.

Esta concepción social supone considerar que estamos hablando de derechos humanos cuando hablamos de discriminación de personas con discapacidad y que los poderes asumen la obligación de obtener el “desideratum”<sup>8</sup> de la igualdad real, realizando las adaptaciones o adecuaciones que sean necesarias, pues han de prestar a sus ciudadanos los servicios en condiciones iguales. Así lo desarrollaron posteriormente filósofos de la talla de Amartya Sen o Martha Nussbaum.

Sus ideas tuvieron eco en la opinión pública, propiciando diversos cambios legislativos necesarios, primero en los Estados Unidos de América y Canadá y luego en Europa.

Y al calor de todo ello, surge un segundo texto normativo de máxima relevancia. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Fue aprobada en Nueva York el día 13 de diciembre de 2006<sup>9</sup>. Se conoce con el acrónimo CRPD.

Lo más relevante es que se trata de un Pacto Internacional sobre derechos humanos, que fija un concepto amplio y funcional de la discapacidad, basado en la idea de que la misma impide a la persona la participación plena, efectiva y en condiciones de igualdad en la sociedad<sup>10</sup>, proscribiendo la discriminación por motivos de discapacidad, sea directa o indirecta, imponiendo las ideas de accesibilidad universal, el diseño universal y en su defecto, la obligación de ajuste razonable como medio de garantizar esa igualdad (artículos 2 y 3), fijando un contenido amplio de derechos laborales en su artículo 27, derechos a desplegar en un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible.

---

<sup>8</sup> “La igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance a convertirla en un hecho”. Honoré de Balzac.

Como se ve, el movimiento por la vida independiente tenía una visión más positiva de la evolución humana.

<sup>9</sup> El instrumento de ratificación lo suscribió el Reino de España el día 30 de marzo de 2007 y fue publicado en el BOE de 21 de abril de 2008, pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico ex artículo 96.1 de la Constitución (BOE 29 12 1978) sirviendo de elemento hermenéutico al tratar de derechos humanos, tal y como se deduce de leer el artículo 10.2 de este último Texto, prevaleciendo incluso en caso de conflicto con nuestra norma ordinaria interna ex artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

<sup>10</sup> Artículo 1, segundo párrafo: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Pero entre uno y otro texto legal internacional, aquella Directiva de principios de siglo ya provocaba la atención de los operadores jurídicos.

Y es que antes de esa CRPD, el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid planteó ya una primera cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En ella, el Magistrado del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid (Pablo Aramendi Sánchez) planteaba la posible equiparación de la enfermedad y la discapacidad a los efectos de aplicar la protección antidiscriminatoria otorgada por aquella Directiva también al trabajador enfermo. Dio lugar a la sentencia del asunto Chacón Navas. La sentencia TJUE de 11/07/2006 (c-13/05) resolvió la cuestión fijando un concepto propio de discapacidad (no se había aprobado la CRPD, aunque la definición era muy similar) y sobre todo, enfatizando las diferencias entre los conceptos de enfermedad y discapacidad y entendiendo que, siendo conceptos diversos uno y otro, no procedía otorgar la protección antidiscriminatoria de la Directiva a aquel concreto caso a la trabajadora que estaba enferma, pero no constaba que fuese persona con diversidad funcional.

Ya una vez que entró en vigor la CRPD<sup>11</sup>, surgieron nuevas sentencias TJUE en relación con el contenido y alcance de ambos conceptos (discapacidad y enfermedad). Constituyen el segundo factor generador del actual cuestionamiento.

De entre ellas, la más importante es la sentencia HK Danmark o también llamado asunto Ring<sup>12</sup> (11/04/2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11). Pero más recientemente, también son muy destacables las sentencias Kaltoft (18/12 /2014, asunto C-354/13) Daouidi (1/12/2016, asunto C- 395/15), Ruiz Conejero (18 de enero de 2018, asunto C-270/16) o Nobel Plastiques Ibérica (11/09/2019, asunto C-397/18). Pero hay más<sup>13</sup>.

De forma muy general, cabe decir que el TJUE asume que la CRPD forma parte del acervo normativo europeo<sup>14</sup>. Además de ello, también usa la definición de discapacidad contenida en su artículo 1, segundo párrafo. Por último, atribuye un papel relevante a la CRPD en la labor exegética de la normativa derivada de la propia Unión Europea.

Ahora bien, parte que la Convención no es susceptible de producir el llamado “efecto directo” –horizontal o vertical- al tratarse de una normativa de principios, de baja intensidad, “light” (ligera) o “soft” (suave)<sup>15</sup>. A estos efectos, recordar que, desde la

---

<sup>11</sup> Sobre la trascendencia que tiene la promulgación y aprobación de la CRPD en esas nuevas sentencias del TJUE, véase MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “*Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del caso Ring*”. Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. Número 130, año 2015.

<sup>12</sup> Se trata de dos asuntos acumulados. En uno la demanda la presenta la señora Ring, en el otro la señora Werge. En ambos son representadas por el sindicato HK Danmark. Esto explica esta ambivalente denominación.

<sup>13</sup> Sobre el concepto de discapacidad cabe citar también los asuntos Glatzel (sentencia de 22/03/2014, C-356/12), el asunto llamado Z (sentencia de 18/03/2014, C 363/12) y otras. La más reciente, asunto Milkova (sentencia de 9/03/2017, C 406/15).

<sup>14</sup> Su recepción lugar a través de la Decisión 2010/ 48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 27 de enero de 2010).

<sup>15</sup> Lo que tanto SEGALÉS FIDALGO, Jaime, como yo mismo, hemos advertido que es nota común en este tipo de legislación en materia de personas con discapacidad en otros trabajos. Por ejemplo, en

sentencia Van Gend en Loos<sup>16</sup> el Tribunal mantiene que tal efecto directo solo se produce si la norma en cuestión reúne las condiciones de precisión, claridad, no necesidad de desarrollo de sus contenidos y se da la incondicionalidad de sus postulados. Pues bien, en este caso considera que la CRPD no reúne esas características, rechazando, pues que sea de directa aplicación.

## 2.- ANTICIPO DE CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Vuelvo al objeto central de este trabajo. En el siguiente capítulo pretendo explicar las razones, el ámbito y las excepciones de ese primado de la improcedencia que fija la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como efecto del despido disciplinario ilegal del trabajador enfermo.

En el ulterior capítulo, destaco supuestos sobre los que asiento la conclusión de que existe una evolución en las sentencia TSJ en orden a ensanchar el ámbito operativo de la excepción de la nulidad, con restricción del principio general de la improcedencia. Y por lo que hace al estado actual de la cuestión, entiendo que esa doctrina sentada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, mi conclusión es que no hay evolución destacable en el concreto punto de la calificación que merece el despido ilegal que tratamos en las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Sigue vigente el principio general y en los últimos tiempos no se ha ampliado el número de casos excepcionales que provocan la declaración de nulidad del despido en época reciente.

Pero si que aprecio movimientos en otros aspectos colaterales de este entorno.

Por ejemplo, se ha recibido y asumido la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, generadora de un cierto acercamiento entre los conceptos de enfermedad y discapacidad. Ambos habían sido nítidamente diferenciados en una primera época, sin posibilidad alguna de convergencia y más modernamente, el TS admite que conceptualmente cabe la posibilidad de que un trabajador enfermo merezca el amparo antidiscriminator que otorga la Directiva 2000/78 por razón de discapacidad. En concreto: cuando esa enfermedad genere limitación profesional de larga duración. Pero todavía no hay caso en el que haya resuelto considerando que procede la nulidad del despido en base a tal equiparación.

También aprecio una cierta evolución en punto a asumir que legalmente existe una obligación empresarial de ajuste razonable del trabajo de persona trabajadora con diversidad funcional. Al efecto, cita el artículo 5 de la Directiva 2000/78, aunque no hace mención de los correspondientes preceptos que también se contienen en nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, hago de menos la cita del artículo 40, punto 2 de la LGPCDIS en punto a esa obligación empresarial de ajuste razonable, cuyo incumplimiento da lugar a considerar discriminación directa de la persona con

---

*“Trabajo y Discapacidad”*. Cuadernos digitales de formación, 36. 2010. Consejo General del Poder Judicial.

<sup>16</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62).

discapacidad. En este apartado, es especialmente relevante la TS 22 02 2018 (recurso 160/2016).

En cuanto a las TSJ, me centro en los más recientes y relevantes pronunciamientos sobre esta materia, pues la realidad nos demuestra hay muchos más. Entiendo que estas sentencias TSJ sí que revelan evolución, en el sentido ya expresado de reducir el ámbito operativo del principio general de la improcedencia, pues hay diversos pronunciamientos en que el despido ya se declara nulo al equipararse el concepto de enfermedad que genera limitación de larga duración con la discapacidad, siguiendo la línea TJUE HK Danmark y por esta vía calificar el despido como nulo, aplicando la protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78, casos en los que se valoran los indicios sobre secuelas o menoscabos de larga duración a los que alude la doctrina TJUE Daoudi, supuestos en los que se declara el despido nulo por no adoptar el empresario medidas de ajuste razonable en vez de despedir, etc. .

Y junto a ello, pleitos o problemas añadidos al original pleito por despido. Como son los posteriores procesos en reclamación de indemnización por vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado, casos en que luego del despido nulo se insta la situación de incapacidad permanente, casos en que la propia enfermedad impone que no queda optar por la solución readmisoria, pues supondría imponer un riesgo grave de agravamiento de la enfermedad generadora de discapacidad y otros.

Y aún y así, seguro que el futuro nos depara más novedades, pues quedan muchos temas por resolver en esta materia. Se me ocurre un ejemplo de un caso que seguro que se ha de presentar a corto plazo: persona trabajadora con diversidad funcional que pasa a baja laboral por enfermedad consecuencia secundaria de su propia discapacidad y que es despedida disciplinariamente por ello y no por la vía del artículo 52, d Estatuto de los Trabajadores. Entiendo que existen grandes probabilidades que, en tal caso, se declare el despido nulo y no improcedente, como ha acontecido en el caso Ruiz Conejero, por lo menos en cuanto a Juzgado y TSJ, puesto que el TS todavía no se ha pronunciado. La única diferencia es el ámbito en el que se enmarca la decisión empresarial: en aquel caso, se viabilizó el despido por esa baja con base en el artículo 52, d Estatuto de los Trabajadores, mientras que en el caso al que me refiero, en la carta de despido se indicaría alguna de las causas del artículo 54 de esa misma Ley.

### **3.- LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

#### **3.1- Origen y argumentos en que se basa el actual criterio**

Más arriba se ha expuesto cómo la inicial redacción del Estatuto de los Trabajadores llevaba a catalogar como nulo el despido ilegal de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal. También se ha dicho ya que el cambio que en materia de calificación del despido produjo la reforma del año 1994, fijándose el postulado de la improcedencia en la calificación de despido ilegal del trabajador enfermo.

Y al efecto, suele destacarse que la que inició el actual criterio fue la TS 29/01/2001 (recurso 1566/2000).

Resuelve un supuesto en que una empresa pública extingue el contrato de uno de sus empleados, invocando la vía de despido objetivo. Alega la amortización de su puesto de trabajo por terminar una concreta contrata adjudicada a la empresa. En el pleito se asume que, en la realidad, la rescisión estaba motivada en los procesos morbosos que habían impedido la actividad laboral de esa persona.

El TSJ catalán consideró nulo el despido, por entender que discriminaba a los trabajadores por razón de su estado de salud.

El razonar estimatorio del recurso empresarial descansa en dos grandes argumentos. El primero: este tipo de despido se trata de una especie dentro del género del despido en fraude de ley y ya se ha dicho que este género de despido ilegal es improcedente y no nulo. El segundo: no cabe considerar que la decisión empresarial de despedir al trabajador por esa enfermedad suponga que la empresa ha incurrido en uno de los supuestos de discriminación prohibida constitucionalmente por basarse en razones repudiables.

Al empezar su razonamiento de fondo, el TS recuerda que ya previamente, había cambiado la calificación de lo que la jurisprudencia había venido denominando el despido en fraude de ley, esto es, cuando el mismo no responde a la causa alegada, sea la real otra o se desconozca esta última<sup>17</sup>. Con cita de otras sentencias previas (2/11/1993, 23/05/1996 y 30/12/1997) advierte que ha fijado que la calificación de ese despido ilegal es la de improcedencia. Siendo que este supuesto se incluye en este grupo, la conclusión es que procede la calificación ya prefijada para tal tipo de despidos.

En cuanto al segundo argumento, el TS considera que no se da la segregación inconstitucional defendida en la sentencia catalana recurrida.

Al efecto, inicia el mismo recordando que el artículo 14 CE regula tanto el principio de igualdad de trato como el de no discriminación, para llamar la atención sobre el distinto alcance y contenido de uno y otro principios.

Se centra en el segundo, el de no discriminación y explica como el mismo no incluye todo tipo de segregaciones, sino sólo aquellas discriminaciones que se consideran de forma generalizada como inadmisibles en nuestro entorno ético político y cultural. Es decir que se refiere a los casos de lo que se ha venido en llamar la segregación por “causas odiosas”.

Por tanto, ese derecho fundamental a la no discriminación no opera con respecto de todo tipo de diferenciación, sino solo en casos de segregación por razones que se entienden que son siempre inadmisibles o repudiables en nuestro entorno cultural, puesto que suponen violación más cualificada de la igualdad, pues están basadas en criterios de diferenciación que se consideran especialmente rechazables. Cita al efecto varias sentencias del Tribunal Constitucional.

---

<sup>17</sup> Obviamente todo despido tiene una causa. Otra cosa es que en el proceso se llegue a conocer la misma. En tal sentido se ha de entender la expresión despido sin causa.

Asume que tal artículo 14 CE utiliza un sistema de “*numerus apertus*” en cuanto a ese tipo de causas inadmisibles, por ser rechazables siempre, dada la coda final de tal precepto. Pero entiende que la enfermedad no se encuentra entre esas circunstancias o condiciones personales o sociales que refiere el precepto.

En función de ello, afirma que no cabe entender discriminatorio el despido por enfermedad del trabajador, habida cuenta de que el despido en estos casos se hace considerando la vertiente funcional u operativa de la persona trabajadora, pues se le despiden porque no presta su actividad productiva al empresario, con los derivados que ello conlleva para el mismo, más que por el hecho propiamente dicho de caer enferma.

El fondo del argumento que le permite llegar a la conclusión reside en las siguientes frases: *“La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa”*.

Y termina la argumentación con la exclusión de que se pueda hablar de discriminación por discapacidad en el caso concreto. Asume que existe una prohibición de discriminar por discapacidad, pues así está prevista en el artículo 4, número 2, letra c segundo párrafo del Estatuto de los Trabajadores. Empero, no es el caso del demandante: no ha sido declarado persona con discapacidad, ni el despido se ha causado considerando su discapacidad, sino sólo considerando los periodos de baja para el trabajo y la consiguiente pérdida, para la empresa, *“de interés productivo del trabajador”*.

Esta sentencia sirve de referencia a otras posteriores de los años 2003 a 2005 que reiteran aquellas ideas.<sup>18</sup>

Tal sentencia fue objeto de múltiples críticas en su momento. Las resume y explica detenidamente por el doctor Toledo Oms<sup>19</sup>.

Y en orden a este mismo artículo 14 CE no está de más recordar que el Tribunal Constitucional sí que ha considerado que la discapacidad es una de esas causas de segregación inadmisibles, al entender que esa condición o circunstancia personal queda incluido en la coda final y abierta de ese precepto. En tal sentido, sus sentencias

<sup>18</sup> TS 23/05/2005 (recurso 2639/2004), 12/07/2004 (recurso 4646/2002) o 23/09/2003 (recurso 449/2002)

<sup>19</sup> TOLEDO OMS, Albert. Obra ya citada. Véase nota número 6.

269/1994, de 39 de octubre y 10/2014, de 27 de enero. También proscribire este tipo de discriminación el artículo 21, número 1 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### 3.2.- Primeras aproximaciones al concepto de discapacidad. Diferenciación tajante de ambos conceptos.

Ya más detalladamente, en orden a la vigente distinción entre la enfermedad de trabajador y discapacidad del trabajador a efectos del despido, se suelen citar la TS 11/12/2007 (recurso 4355/2006)<sup>20</sup>.

En este particular caso, nuevamente la causa invocada en la carta de despido –bajo rendimiento continuado- no es la real, pues ésta nuevamente es que la demandante llevaba de baja por enfermedad un tiempo y la empresa consideraba no rentable mantener el vínculo laboral.

Lógicamente cita los previos precedentes indicados y como novedad, en esta sentencia ya se asume que la discriminación por discapacidad había quedado prohibida expresamente en nuestro ordenamiento interno desde la reforma del artículo 4 ET producida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que supuso, entre otras cosas, la trasposición al ordenamiento jurídico interno de aquella Directiva 2000/78 del Consejo UE que ya se ha citado, aunque ya antes el Tribunal Constitucional ya había considerado que la discapacidad era una de las circunstancias o condiciones personales o sociales susceptibles de “discriminación odiosa”, como se ha explicado al final del punto 3.1 de este trabajo.

Ahora bien, esta prohibición de discriminación por razón de discapacidad no puede llevar a la nulidad del despido, pues no estamos ante un caso de persona con discapacidad, sino de persona enferma y sostiene que no cabe equiparar la discapacidad con la enfermedad. Por tanto, como en el caso la demandante era enferma y no persona con diversidad funcional, procede la improcedencia, como se había decidido en los precedentes que cita.

Desarrolla la última de esas ideas, sosteniendo que no cabe considerar que estemos en presencia de conceptos similares cuando se habla de discapacidad y de enfermedad. Afirma que esto no es así ni en el lenguaje ordinario ni en el jurídico.

Así, se puede leer en esa resolución: *“La enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es*

---

<sup>20</sup>Aunque sea un excurso, debo decir que se utilizan en tal sentencia expresiones que fueron sustituidas por la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia meses antes. Se refiere a la “terminología” y dice: “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas. “Como quiera que sigo observando en la actualidad expresiones peyorativas similares que, a más de no considerar el respeto debido al diez por ciento de la población, mantienen expresiones desterradas de nuestro ordenamiento jurídico, me he detenido en este extremo.

*de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un "estatus" que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.*

*Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.”*

Termina la argumentación con la cita de su previa TS 22/11/2007 (recurso 3907/2006) y la TJUE Chacón Navas, que también es analizada y aplicada en esta última. Sostiene que en ambas resoluciones ya se dice que no se admite que a las situaciones de enfermedad se haya de otorgar la protección antidiscriminatoria prevista para la discapacidad.

Interesa destacar que esa TS 22/11/2017 (recurso 3907/2006) trata de un caso en el que la demandante es despedida invocándose, ficticiamente, retraso en la entrega del parte de baja, cuando queda claro que es despedida por un infarto de miocardio que sufrió que le ha generado baja laboral, excluyendo la Sala, porque no se le ha planteado en recurso, la posibilidad de declarar la nulidad por despido discriminatorio por razón de discapacidad, pues, siendo posible, tampoco consta que en el caso aquel infarto haya generado limitaciones profesionales de larga duración (“secuelas definitivas”).

Esos mismos criterios expuestos en la TS 11/12/2007 han sido luego reiterados en sentencias posteriores, como TS 29/09/2014 o 27/01/2009 (recursos 3248/2013 y 602/2008) en casos de despido disciplinario con causa formal asumida por la empresa que era falsa y la real es la enfermedad del trabajador, en situación de baja laboral.

**3.3.- la confirmación del Tribunal Constitucional del principio jurisprudencial vigente. Admisión de que caben supuestos de nulidad del despido. Una excepción a la improcedencia.**

La sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo deriva de otro caso de despido disciplinario en el que la empresa le imputa al trabajador mala fe al no poner en conocimiento su patología de espalda y que ha motivado varias bajas.

En el amparo se alegaba conculcación de los derechos a no ser discriminado y a la integridad física y moral. Empero, como el recurrente de amparo no había citado en el previo proceso laboral el artículo 15 CE, el tema se centra en si existe la discriminación prohibida en el artículo 14 CE.

Ratifica los previos criterios TS relativos a que no cabe considerar que el despido por enfermedad en sí mismo constituya una vulneración de derechos fundamentales, citando expresamente la anteriormente comentada TS 29 01 2001 (recurso 1566/2000) y otras. Recuerda que el trabajador había sido declarado reiteradamente apto para su trabajo por el INSS, que la baja era de corta duración al tiempo del despido (diez días) y la empresa expresamente aludía a la falta de rentabilidad que las bajas del trabajador le generaban.

Centra su argumentación en determinar si el despido motivado por las dolencias físicas del trabajador debe ser declarado nulo por discriminatorio. Y considera que la enfermedad puede quedar amparada en el inciso final del artículo 14 CE. Entiende que así ocurrirá *“cuando el factor enfermedad sea 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 objeto del contrato”*.

Por tanto, nos encontraríamos ante un caso en el que el despido disciplinario del trabajador enfermo daría lugar a la nulidad, por ser discriminatorio. Excepción expresamente asumida al primado de la improcedencia.

Sin embargo, no es ése el caso concreto sobre el que se centra el recurso de amparo. Entiende que, en el supuesto que valora, se pone de manifiesto que fue la perspectiva exclusivamente funcional de la enfermedad, su efecto incapacitante para el trabajo. Esto fue lo que determinó la decisión empresarial, pues se le despide por no advertir de esa enfermedad, que, de ser conocida por la empresa, la misma no hubiese contratado al demandante según se afirma en la carta de despido.

En respuesta a argumento del Ministerio Fiscal, también rechaza que los casos en que una enfermedad crónica genere recurrentemente en el tiempo periodos de incapacidad temporal den lugar a la nulidad, luego de afirmar que sería una especie de *“tertium genus”* entre la enfermedad y la discapacidad. La Sala considera que no consta que sea éste el caso, añadiendo además que el argumento carece de identificación y concreción debida de este colectivo como sujeto de segregación, pues no hay una categoría homogénea dentro del colectivo, que puede tener múltiples causas y manifestaciones y además considera que esa eventual situación de desventaja debe ser atendida por los poderes públicos por otras vías (medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesional).

Permítaseme que haya un excurso. Por cuanto que cita muchos preceptos constitucionales, pero no el 49 y porque expresamente parte de que se trataría de un tercera especie, distinta de la enfermedad y discapacidad, pese a que podría considerarse integrado en el concepto de discapacidad conforme al artículo 1 CRPD y 4 de la LGPCDIS.

**3.4.- Otra excepción a la improcedencia. Amenazas empresariales para obtener el alta laboral.**

La muy relevante TS 31/01/2011 (recurso 1532/2010) marca un nuevo hito en esta evolución jurisprudencial. Con ella se confirma el fallo de despido nulo de un caso de trabajador enfermo y al que previamente se le había amenazado con tal despido si no se incorporaba al trabajo, terminando de forma voluntaria el proceso de incapacidad temporal que había iniciado. No pasando a alta laboral, es despedido.

La Sala IV rechaza por motivos formales el recurso de casación, pero abunda en la razón de fondo de la declaración de nulidad recurrida por la empresa y recordando los previos precedentes propios, en el caso considera muy relevante que conste que la empresa amenazó al trabajador con despedirlo si no se “daba” de alta laboral, abandonando el tratamiento prescrito por los servicios sanitarios públicos que seguían su baja por parestesias.

El TS entiende que este dato hace cualitativamente diverso este supuesto de los anteriores precedentes, en los que se decantó por calificar el despido por enfermedad como improcedente y ello porque el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal forma parte del derecho fundamental a la integridad física de todas las personas (artículo 15 CE), siendo que esa amenaza pone en claro riesgo la salud del trabajador, de tal forma que considera conculcado ese derecho fundamental, lo que le lleva a confirmar la conclusión de nulidad de ese concreto despido.

Destacar que afirma que no se aparta, sino que asume la doctrina previa de considerar que el principio general es que el despido por causa de las bajas del trabajador no da lugar a nulidad, aunque admite, nuevamente, que, excepcionalmente, puede haber casos en que enfermedad pueda quedar incluida en el ámbito de la prohibición de discriminación por “causa inadmisibles” del artículo 14 CE.

### 3.5.- A estos efectos, es igual que la baja derive de accidente de trabajo o contingencia común.

Al caso de baja laboral derivada de accidente de trabajo se refiere la TS 12/07/2012 (recurso 2789/2011). Trata del despido de un trabajador, causado por vía de desistimiento empresarial del contrato cuando éste está en periodo de prueba y cuando el desistimiento es producido luego de un accidente de trabajo acaecido el primer día de trabajo, siendo cesado al día siguiente por tal causa. El informe de investigación del accidente reveló que debía adiestrarse al trabajador y que debiera haberse colocado una faja o bien proporcionarle medios mecánicos de manipulación manual de cargas para evitar el sobreesfuerzo físico de la zona dorso-lumbar que le produjo la baja inmediata.

TS confirma la validez de aquel cese empresarial por desistimiento en periodo de pruebas, entendiendo que el producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no supone ni discriminación ni vulneración de derechos fundamentales, pues la enfermedad no es uno de los factores de discriminación incluíbles en el art. 14 CE y entiende que la misma suerte ha de correr la que deriva de accidente de trabajo, rechazando también la idea de que ese cese suponga fraude de ley o abuso de derecho, pues entiende que hay una explicación razonable de esa conducta desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos, pues aparte de que probablemente deberá contratar en sustitución del accidentado a otro trabajador (con igual expectativa

a continuar en el trabajo que el enfermo), se fuerza al empresario a tomar una decisión, inmediata a cuasi inmediata, sobre el cese o no en periodo de prueba del accidentado.

Dicha sentencia contiene un voto particular que se decantaba por aplicar la doctrina fijada en la TSJ de contraste (País Vasco, 25/11/2008, recurso 2524/2008) que había confirmado como improcedente tal tipo de cese (no se discutió en la Sala si el despido era nulo). El presupuesto de esa sentencia de contraste se forma con la idea de que en el accidente el trabajador no tuvo culpa alguna y que se le cesó solo por esa causa. En estas condiciones, la Sala entiende que ese desistimiento no superaba los cánones que impone el principio de buena fe contractual, que también rige en el especial periodo de prueba, ya que considera que se usa tal instituto para una finalidad diversa de aquélla a la que tal institución sirve y además, supone un atentado a valores jurídicos superiores, como es la dignidad del trabajador accidentado, por cuanto que se le reduce al valor de *“mera cosa, de la que se prescinde en cuanto se avería, lo que supone una humillación y una afrenta a su condición de persona”*.

### 3. 6.- Reiteraciones recientes del criterio de la improcedencia.

3.6.1.- TS 3/05/2016 (recurso 3348/2015) trata del habitual caso en que se alega la falta de rendimiento continuada y voluntaria del trabajador como causa de un despido disciplinario que, en realidad, obedece a la situación de baja de la trabajadora. Baja en este caso empezada diez días antes de su despido, siendo que en el mes anterior se había felicitado a las nueve integrantes del departamento de la demandante por su actividad y que la empresa despidió a las cuatro que estaban de baja en tal departamento. Ello se dice que se hizo para obtener la adecuada productividad y continuidad del servicio que prestaba la empleadora. Nuevamente también se discute si el despido, que se asume que es ilegal, es nulo o improcedente.

El TS recuerda lo dicho en los precedentes indicados sobre el doble contenido del artículo 14 CE. También itera que, en concretos supuestos, la enfermedad si que puede dar lugar a considerarse que es causa “odiosa” de segregación, pero que, por lo general, el despido por enfermedad suele obedecer a la razón de que el empresario despide porque, estando de baja, el trabajador no puede prestar su trabajo. Si ésta es la exclusiva razón funcional entiende que da lugar a la improcedencia.

También recuerda las diferencias entre enfermedad y discapacidad habían expresado las previas sentencias de la propia Sala Cuarta que resalta y que, a su vez, se basan en la 11/12/2007 (recurso 4355/2006) citada anteriormente.

Considera que esa razón de falta de funcionalidad de la trabajadora de baja concurría en la voluntad de despedir de la sociedad empleadora y por ello confirma la sentencia del TSJ catalán que así lo había declarado, revocando la calificación de nulidad hecha por el Juzgado barcelonés que juzgó el asunto en instancia.

Además y como elemento nuevo en relación con los precedentes, amplía su razonamiento considerando lo expuesto por el TJUE en aquella sentencia Chacón Navas (TJUE 11/07/2006, asunto C. 13/05) y también, como novedad, en la HK Danmark o Ring Skouboe Werge (TJUE 11/0472013, asuntos acumulados C 355/11 y C-337/11) y en base a ello, asume expresamente la definición de discapacidad contenida en el CRPD de Nueva York y partiendo de la misma, entiende que no se

puede considerar que en concreto caso haya que otorgar la protección antidiscriminatoria de la Directiva UE 2000/78, pues afirma que la demandante no podía ser considerada persona con discapacidad al tiempo en que el empresario tomó la decisión de despedirle.

Por tanto, asume que cabe equiparar la enfermedad a la discapacidad al efecto de otorgar la protección antidiscriminatoria en materia de despido disciplinario, pero que no es ése el caso de autos.

Y no lo es, porque no consta que haya limitación funcional y profesional de larga duración en la persona despedida.

Destacar que, para llegar a aquella conclusión de que no se puede considerar a la demandante como discapacitada, el TS repara en que la baja laboral se inició diez días antes de su despido y que el alta laboral se produjo en un plazo inferior a un mes desde que se inició el proceso de incapacidad temporal, sin que conste que a la demandante le hayan quedado limitaciones algunas derivadas de esa enfermedad que motivó su baja laboral. En consecuencia, considera que no se da el requisito de “larga duración”, elemento necesario para considerar la existencia de discapacidad.

Resta por indicar que la sentencia confirmada en este caso por el TS fue a su vez dictada en pleno de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña (1/07/2014, recurso 956/2014)<sup>21</sup>, contando esta última sentencia con un voto particular que consideraba correcta la calificación del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, Juzgado de instancia que había calificado como nulo tal despido.

Tal voto, suscrito por cinco de las personas integrantes de esa Sala, se basa en considerar que la demandante debía ser considerada como persona con discapacidad, atendido lo dicho en la CRPD y en aquellas TJUE Chacón Navas y Ring (o HK Danmark), pues consta que, incluso pasados seis meses, se le suministró todavía rehabilitación por aquel latigazo cervical que había provocado su baja, parangonando el caso concreto a los dos supuestos de esta última sentencia y entendiendo que esta doctrina impone ya un concepto de discapacidad distinto del que tradicionalmente había considerado el TS, debiendo repararse que a esta idea responde tanto la nueva Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) como incluso la reforma del artículo 52,d del ET, producida por la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio)<sup>22</sup>.

Entendiendo que era un caso de discriminación por razón de discapacidad, el voto proponía que se confirmase la sentencia, si bien asumía que la consideración de tal despido disciplinario como despido en fraude de ley, hoy en día no podía llevar al

---

<sup>21</sup> Esta sentencia también se cita con ocasión del estudio de la STJUE Ring y de ella se trata también al estudiar las diversas STJUE.

<sup>22</sup> Al efecto, cita su Exposición de Motivos y entiende que la exclusión de las bajas motivadas en el tratamiento médico del cáncer o enfermedad grave, operada por el artículo 18.5 de la Ley, enlaza con ese nuevo concepto de discapacidad que impone el CRPD.

despido nulo, como ya sostenía el voto mayoritario, revocando también en este punto la sentencia del Juzgado.

Esta sentencia catalana se comenta en el siguiente capítulo.

3.6.2.- La TS 15/03/2018 (recurso 2766/2016) trata del despido de una limpiadora que es despedida formalmente por vía de despido disciplinario ex artículo 54.2,e Estatuto de los Trabajadores (disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo pactado normal o pactado) y se trata de una empresa que se había subrogado en la condición de empleadora de la despedida. Le imputa que, estando de alta en la empresa un total de 453 días, sólo había estado en disposición de prestar servicios efectivamente 164 días. Esto suponía un notable rendimiento laboral inferior al pactado, lo que derivaba en pérdida de rentabilidad y productividad para la empresa, que era lo que motivaba su despido. La demandante llevaba de baja nueve meses y medio al tiempo del despido y la misma se prolongó en dos meses y medio más luego del mismo, sin que conste le queden limitaciones tras esa alta.

La Sala cita de nuevo la CRPD y la doctrina TJUE, desde la Chacón Navas a las más recientes sentencias Daouidi (TJUE 1/12/2016, asunto C- 295/15) y Ruiz Conejero (TJUE 18/01/2018, asunto C-270/16) y vuelve a remarcar la diferencias entre enfermedad “en cuanto tal” y discapacidad e implícitamente asume que alguna enfermedad pueda equipararse a la discapacidad a estos efectos, pero entiende que éste no era el supuesto de la despedida, pues al tiempo del despido no había agotado la duración máxima del periodo de incapacidad temporal, ni existía resolución alguna que permitiera considerar como de situación duradera ese estado de incapacidad laboral que permita considerarla equiparable a discapacidad, procediendo a estimar el recurso y revocar la TSJ Galicia que había considerado nulo ese despido al entender estaríamos en un caso de enfermedad equiparable a discapacidad.

Parece relevante la idea que parece introducir de que se impone que se haya agotado el periodo máximo de incapacidad temporal en estos casos, lo que considero que se aparta un tanto de las tesis de la TJUE Daouidi que entiende que lo relevante es que no esté bien perfilada la pronta duración de la baja laboral al tiempo del despido, lo que personalmente entiendo que es cualitativamente diverso a que se imponga el agotamiento del periodo máximo de incapacidad temporal para hablar de enfermedad equiparable a discapacidad a estos efectos.

### 3.7.- Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo relacionados.

3.7.1.- Aunque es anterior en el tiempo a las anteriores, también mención aparte merece la TS 25 11 2014 (recurso 2344/2013), en la que, moviéndose en el peculiar ámbito del artículo 52, d ET, afirma que la Sala ha de matizar o precisar su propia doctrina sobre enfermedad y discapacidad a raíz de aquella sentencia Ring o HK Danmark. Por tanto, ya al año y medio de la sentencia europea la Sala Cuarta advirtió que esa TJUE imponía cuando menos matizar las tajantes diferencias entre enfermedad y discapacidad que había fijado principalmente en la primera década del presente siglo.

En el proceso, se juzgaban tres despidos objetivos basados en superarse los umbrales de bajas justificadas que prevé la Ley y pese a que, sobre los varios temas tratados por

el recurrente, la Sala no hace pronunciamiento sobre el fondo, al no apreciar contradicción.

Ahora bien, tratando de la alegación de discriminación en el despido, basada en la discapacidad de uno de los demandantes, la Sala vierte aquella afirmación, considerando que, en el caso, no cabe entrar al fondo, pues el demandante ya era persona con discapacidad al tiempo de ser contratado (tenía reconocida una incapacidad permanente total) y se parte de que los procesos de incapacidad temporal sobre los que la empresa formuló su despido eran por causa distinta de aquella discapacidad. Se asumía la condición de improcedentes de los tres ceses laborales.

Precisamente ello parece materializarse en la TS 3/05/2016 (recurso 3348/2015) cuando expresamente asume la definición de discapacidad que da la CRPD, que es diversa de la que se dio en aquella TS 11/12/2007 (recurso 4355/2006)<sup>23</sup>, admitiendo la hipótesis de que quepa equiparar ambos conceptos en concretos supuestos, si bien, no era uno de ellos el estudiado en tal sentencia, como se ha pretendido explicar.

3.7.2.- A dos casos de despido objetivo por ineptitud sobrevenida se refieren las TS 21 09 2017 y 22 02 2018 (recursos 782/2016 y 160/2016). Aunque no se va a tratar de las importantes derivaciones que la más moderna de las dos se consideran, no está de más que se especula en ambas, nuevamente con aquellas sentencias Chacón Navas, Ring e incluso, en la más moderna de las dos, con las recientes sentencias Daouidi (TJUE 1/12/2016, asunto C- 295/15) y Ruiz Conejero (TJUE 18/01/2018, asunto C-270/16) para recordar que aquella diferencia entre enfermedad y discapacidad que, en términos tan contundentes se fijaba en los años 2007 y 2008 por el TS debe considerarse matizada por los contenidos de esa doctrina TJUE y añadido yo también, por las previsiones del artículo 4 LGPCDIS, puesto que una enfermedad, si genera limitaciones a largo plazo en lo profesional, ha de ser equiparada a la discapacidad y otorgarle el abrigo protector de la Directiva 78/2000 y de la CRPD.

3.7.3.- También trata de un despido objetivo la TS 20/03/2019 (recurso 1784/2017) que transcribe, en parte, la anteriormente citada TS 22 03 2018 (recurso 160/2016), para recordar su criterio sobre “la enfermedad de larga duración como factor de discriminación” para seguidamente considerar que quien recurre es la empresa, que pretende la procedencia del despido, frente a la calificación de procedente y que, desde luego, no es la nulidad del despido por discriminación “una opción que esté en juego” para indicar que ello es extremo que no es objeto de casación para la unificación de doctrina. Finalmente, no aprecia contradicción y desecha el recurso empresarial.

#### **4.- DIVERSA DOCTRINA DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

Existen muchos pronunciamientos bien sugerentes. Pretendo indicar los que considero más relevantes.

---

<sup>23</sup> En tal sentido, DESDENTADO AROCA, Elena. “*El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas.*” Revista de Información Laboral, número 3 (marzo) del año 2017.

Véase la nota 31.

Algunos porque son muy recientes y suponen mantener el criterio jurisprudencial expuesto. Es el caso de las numeradas como 1 a 5, 10, 13, 16, 17, 19 y 22. Entre ellas, destaca una, la 3, que se enfrenta a una sentencia del Juzgado que había considerado que nulo el despido por incurrir en vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad y por atacarse el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

La 6 sigue esa línea, pero finalmente declara nulo el despido, al entender que el mismo es consecuencia de que la trabajadora no se diese de alta, luego de advertirle un responsable de la misma que la despediría si no se daba de alta. Aplica la excepción que supone TS 11 01 20111 (recurso 1432/2010),

Otras son citadas porque son en sí mismas importantes, en cuanto que relacionadas especialmente con la doctrina TJUE. Unas por dictarse en los procesos en los que se ha planteado cuestión al TJUE. Son las sentencias TSJ en los casos Ruiz Conejero y Daouidi. Números 11 y 16. Otra, porque supone un antecedente importante de lo que luego se discutirá en la TJUE Ruiz Conejero (número 20). Alguna más porque trata el caso de obesidad mórbida, resuelto también la TJUE Kaltoft, habiendo merecido diversas críticas doctrinales. Es la 22.

Otra se cita por razón distinta: se deniega la calificación de despido nulo pese a constar que el accidente de trabajo que generó la enfermedad ha producido secuelas profesionales que se supone han de ser definitivas, pues se trata de una amputación y se deniega la equiparación por entender que no se había agotado el periodo de duración máxima de la incapacidad temporal. La número 17.

Pero, junto a ellas, se citan otras sentencias precisamente porque califican como nulos casos en los que se considera que el despido de trabajador enfermo se produce en un supuesto en el que se ha de equiparar la enfermedad y la discapacidad, al producir aquélla limitaciones profesionales de larga duración. Es el caso de los número 7, 9, 12, 14, 15, 20 y 21.

En otros supuestos, se declara el despido nulo porque la empresa acudió a la vía del despido ilegal, cuando bien pudo cumplir con su obligación de ajuste razonable, lo que supone discriminación directa por razón de discapacidad. Número 8.

Estos dos últimos grupos, hacen ver la evolución TSJ que he comentado. Y de ellas, la mayoría confirman otras sentencias de Juzgados que declaran nulos los despidos al entender equiparable a la discapacidad la enfermedad que determina el despido disciplinario de la persona trabajadora

En cuanto a estas últimas, también es de destacar que, en algunas de ellas, por ende se fija pronunciamiento condenatorio al pago de indemnización por vulneración de derecho fundamental a no ser discriminado. Son mayoría entre las sentencias que han declarado el despido nulo.

Por otra parte, al calor de estas sentencias, surgen otro tipo de problemas procesales o nuevos pleitos. Por ejemplo, la vinculación que lo decidido en el pleito de despido ( nulo por discriminatorio) pueda tener en el ulterior proceso de incapacidad permanente de la misma persona trabajadora (número15), o si cabe o no reclamar en proceso aparte daños y perjuicios por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

en estos casos (sentencia 14), si cabe considerar razonable cumplir con la obligación de readmisión derivada de la calificación de nulidad cuando ya se sabe que el puesto de trabajo es incompatible con la enfermedad crónica que padece el trabajador (sentencia 15), etc.

Se relacionan por orden cronológico.

### **1.- TSJ, Castilla-León, sede de Valladolid, 3/10/2019 (recurso 1378/2019).**

El Juzgado consideró procedente el despido objetivo que acordó la empresa, al superar la demandante, limpiadora, el mínimo que permite tal despido con una serie de procesos de incapacidad temporal cortos, pero seguidos.

El recurso defiende solamente que el despido es nulo por discriminar a la trabajadora por razón de su enfermedad, lo que la Sala rechaza, considerando el principio general que TS fija y que se ha explicado anteriormente, citando también la TCo 62/2018 y las TJUE Chacón Navas, HK Danmark y Daouidi para considerar que, en el caso, no consta indicio alguno que haga ver que esa enfermedad que ha motivado las bajas laborales genere limitaciones profesionales de larga duración en el tiempo y que permita aquella equiparación.

### **2.- TSJ Galicia, 23/09/2019 (recurso 2812/2019).**

El Juzgado declaró el despido nulo por dos razones: ataque a la garantía de indemnidad y discriminación por razón de discapacidad.

La Sala mantiene la calificación por la primera de esas dos razones, pero no por la segunda, pues el trabajador estaba de baja por lumbago escasos dos meses cuando es despedido y la previsión de baja era de cuarenta y tres días, sin que conste que esa enfermedad le genere limitaciones a largo plazo. No se discute en el recurso que el despido sea nulo por suponer la misma reacción empresarial a las reclamaciones del trabajador y que, por tanto, suponga vulneración de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

### **3.- TSJ Galicia, 16/09/2019 (recurso 2345/2019).**

Trabajador que es contratado y al mes, le dice a la empresaria que se tiene que hacer unas pruebas médicas y le pide cambio de turno. La empresaria, disgustada porque le haya ocultado esos problemas médicos, le despide.

Al día siguiente al despido, la persona trabajadora pasa a incapacidad temporal, en principio de corta duración, pero posteriormente la misma se va alargando.

TSJ considera que no hay despido nulo por discriminatorio por razón de enfermedad o discapacidad, pues la baja es posterior y no consta que el despido haya sido causado por limitaciones profesionales de larga duración en el caso del demandante.

#### **4.- TSJ Extremadura, 25/07/2019 (recurso 339/2019).**

Despido objetivo por amortización del puesto de trabajo a los diez días de la baja por caída trabajando que finalmente dura algo más de un mes de un repartidor de comidas, cuando realiza su trabajo. La previsión de la duración de la baja laboral era de diez días.

El Juzgado considera que la carta de despido no cumple los mínimos exigibles, por lo que ya solo por eso, el despido, cuando menos, debiera ser calificado como improcedente, despidiendo al día de renovación de aquella baja laboral, siendo que existía personal que se contrató seguidamente para realizar aquellas funciones y que la causa del despido es sólo tal enfermedad del demandante, declarando nulo el despido y fijando indemnización adicional por daño moral derivado de vulneración del derecho a no ser discriminado.

No se aprecia existencia de enfermedad equiparable a discapacidad y estima el recurso empresarial, pues el despido, basado en esa baja laboral y por tanto, en la enfermedad del trabajador, ha de ser calificado como improcedente y no nulo, pues no estamos en presencia de enfermedad equiparable a discapacidad a estos efectos, al no constar que se generen limitaciones profesionales de larga duración en el tiempo.

#### **5.- TSJ Madrid, 19/07/2019 (recurso. 488/2019).**

Despido a los quince días de la baja, asumiendo la empresa la improcedencia del despido.

Asumiéndose que el despido tiene por real causa la baja de la persona despedida, la Sala considera que no hay datos suficientes de enfermedad asimilable a discapacidad y que, por tanto, se ha de aplicar la jurisprudencia que califica el mismo como improcedente.

#### **6.- TSJ Baleares, 22/07/2019 (recurso 366/2018).**

Mediante una carta, de contenido genérico, la empresa se limita a comunicar el despido disciplinario, sin indicar causa concreta del mismo. La trabajadora había pasado a situación de baja laboral quince días antes por cervicalgia, teniendo una previsión de duración de tal baja de 62 días, durando realmente la misma más de cuatro meses. Consta en hechos probados que hubo una entrevista entre el director del hotel donde trabajaba la demandante como limpiadora y ésta. En la misma se le comunica, que prolongándose su baja laboral, deberá despedirla, pues sus compañeras están sobrecargadas y sin perjuicio de contratarla más adelante. El Juzgado declaró improcedente tal despido disciplinario.

La Sala rechaza la nulidad del despido por discriminador, pues entiende que no hay indicios al tiempo del despido de que la baja haya de prolongarse en una larga duración, pero finalmente estima el recurso de la demandante y declara nulo el despido por atentatorio a la integridad física de la trabajadora, pues equipara aquella entrevista al caso de amenaza velada de despido si no se “pasa” a alta laboral, considerando que

es aplicable la doctrina TS 11 01 20111 (recurso 1432/2010), mencionada en el párrafo 3.4 de este trabajo.

#### **7- TSJ País Vasco, 16/07/2019 (recurso 1074/2019).**

Trabajadora que, teniendo mucha antigüedad en la empresa y estando de baja con previsión de larga duración de la incapacidad temporal, es despedida a los diez meses de la baja indicada, imputándosele realizar actividades incompatibles con la incapacidad temporal. Se le imputaron actividades domésticas en casa rural de la hija que el Juzgado considero no probadas y de insuficiente entidad en todo caso para justificar el despido.

El Juzgado consideró el despido nulo, apreciando como excesivamente genérica la imputación contenida en la carta de despido, que, en todo caso no se probó, que la baja laboral estaba debidamente justificada, pues la demandante no podía usar la mano en las tareas manuales que la empresa le asigna y que, en realidad, la despide porque la baja era ya de larga duración, con antecedente de patología similar en la otra mano y que ya había motivado una baja laboral dos años antes, también de larga duración.

Tras estudiar los motivos de reforma fáctica, la Sala considera que, aparte de que la carta es genérica y no probada la imputación de actividad incompatible con su situación de incapacidad temporal, resaltando la doctrina Daouidi y el dato de que, al tiempo de ese despido, la demandante todavía estaba pendiente de una operación quirúrgica que se hizo finalmente mes y medio después del despido.

#### **8.- TSJ País Vasco, 9/07/2019 (recurso 1167/2019).**

Se trata de un limpiador, persona con discapacidad reconocida administrativamente, que tenía que prestar su actividad en tres centros de trabajo.

Tras una baja de quince días de duración, con previsión inicial de duración de cuarenta y cinco días, pasa a alta laboral y a los nueve días naturales es despedido, alegando la empresa disminución voluntaria y continuada de rendimiento.

Consta que había pedido trabajar sólo en uno de esos centros, eximiéndosele de viajar dos días a la semana a los otros dos y ello por su discapacidad, lo que la empresa no atendió.

También consta había solicitado recibir calzado adecuado a su discapacidad por la empresa, lo que ésta no había atendido al tiempo del despido. Existía recomendación médica de uso de ese calzado.

Tres meses antes de su despido, había sido declarado apto con limitaciones por el servicio médico contratado, estando limitado para el trabajo en alturas, o que suponga grandes esfuerzos físicos o tareas que requieran andar mucho.

En tal situación, el Juzgado declaró el despido nulo, fijando la indemnización por daño moral derivado de vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado.

La Sala considera todos estos datos, que se le despidiese al trabajador por aquella genérica causa de despido disciplinario precisamente cuando pasa a alta laboral y entiende que la empresa, en vez de despedir, debiera haber actuado las oportunas medidas de ajuste razonable y no haciéndolo, lo que procede es declarar el despido discriminatorio y por tanto, nulo.

Además, examina algunas reformas fácticas y diversos aspectos de la temática relativa al interrogatorio de las personas jurídicas con ocasión de examinar esa reforma fáctica.

#### **9- TSJ Extremadura, 11/07/2019 (recurso 358/2018).**

Despedido un trabajador en periodo de prueba, luego de conocer la empresa su ingreso hospitalario por hemiparesia, el Juzgado declara el despido nulo, al considerar que procede otorgar en el caso la protección antidiscriminatoria que brinda la Directiva 78/2000.

La Sala asume la libertad empresarial de no expresar causa de extinción en tal periodo, pero entiende que esa decisión no puede atacar derechos fundamentales, entendiendo que en el caso hay indicios suficientes de que se le cesa por conocer que se ha generado una baja de larga duración equiparable a la discapacidad el último día de ese periodo de prueba, cese que conoce el demandante luego de transcurrido el mismo y sin que la empresa aporte datos que hagan ver que fue otra distinta la razón de ese desistimiento empresarial, destacando que la empresa conocía que, por definición, la baja no iba a ser de corta duración y que previsiblemente al demandante le restarían secuelas.

Considerando que no se destruye el panorama indiciario de discriminación, confirma la sentencia recurrida.

#### **10.- TSJ Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, 10/07/2019 (recurso 340/2019).**

La misma revoca un despido disciplinario que encubre un despido por baja laboral de la empleada.

La Sala considera que a la fecha del despido, no se había agotado el periodo de duración máxima de la incapacidad temporal de la demandante, pues justo habían pasado dos meses desde su inicio, aunque la previsión de baja laboral era de 99 días, pero entiende que no se había agotado el periodo de duración máxima de la incapacidad temporal y que además, para que proceda esa equiparación de la enfermedad con la discapacidad, es necesario que la empresa supiese que ese proceso iba a impedir a la demandante o limitar su actividad laboral al tiempo del despido, lo que no es de caso.

Califica el despido como improcedente.

#### **11.- TSJ, Castilla La Mancha, 10/04/2019 (recurso 664/2018).**

Se dicta en el proceso en el que el Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca planteó al TJUE cuestión, dando lugar a su sentencia 18/01/2018 (asunto C 270/16) en el caso Ruiz Conejero.

Recordar que tal persona con diversidad funcional fue despedida por la vía objetiva del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores y que, planteada la cuestión indicada, ante la respuesta del TJUE, el Magistrado al frente de aquel Juzgado declaró nulo tal despido, entendiendo que, como quiera que algunas de las bajas computadas para el despido del demandante, eran efectos secundarios o estaban relacionadas con su discapacidad, utilizar las mismas para despedirle, suponían discriminación por tal discapacidad, entrañando discriminación indirecta el dato de que se puedan computar estas bajas para tal tipo de despido objetivo, pues las mismas no tienen por qué circunscribirse obligatoriamente en el caso de enfermedad grave, cuya baja no puede ser computada a los efectos de absentismo que justifique un despido por esta vía. Fijó una indemnización reparadora de daño moral de un euro.

La sentencia es recurrida solo por la empresa y el TSJ desestima su recurso, luego de indicar que el TJUE dio una respuesta positiva a la pregunta de si podía considerarse como discriminatoria la actual redacción del artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores en cuanto que no permitía excluir todo ese tipo de bajas laborales relacionadas con la discapacidad, que son bajas que sólo pueden producirse en casos de personas con discapacidad por definición, generando así una mayor probabilidad de poder ser despedidas por esta causa las personas con discapacidad en relación con las demás personas, que no sufren este tipo de bajas, lo que supone un caso de discriminación indirecta.

Así mismo considera irrelevante que la empresa no tuviese ánimo de discriminar, pues entiende que el que haya o no ese ánimo es irrelevante si se trata de discriminación indirecta, descartando también que haya mala fe o tenga relevancia alguna el hecho de que el trabajador no haya comunicado expresamente su condición de persona con discapacidad a la empresa, debiendo dispensarse en todo caso la protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78, descartando que se pueda considerar la existencia de causa alguna que legitime la diferencia de trato que indirectamente supone el artículo 52, letra d del Estatuto de los Trabajadores entre las personas trabajadoras con discapacidad y las demás<sup>24</sup>.

## **12.- TSJ, País Vasco, 30/10/2018 (recurso 1966/2018).**

Un trabajador es contratado por una ETT a través de contrato en prácticas para trabajar en una empresa siderometalúrgica, donde se encarga de trabajar en una prensa, trabajo que no guarda relación con el tipo de formación que dio lugar a aquel contrato. Sufre un accidente de trabajo, por atrapamiento de una mano por esa máquina y pasa a baja laboral con limitaciones. Reanuda actividad laboral, tras reconocimiento médico al alta en el que se le califica como apto con limitaciones, derivadas de aquel accidente

---

<sup>24</sup> Con mayor extensión, se puede consultar, ITURRI GARATE, Juan Carlos. “Caso Ruiz Conejero. Tercera parte. Sentencia confirmatoria del TSJ”. Revista Jurisdicción Social, Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia, número 199, abril de 2019.

y a los dos meses pasa a baja por la misma causa. En esta segunda baja, si bien se dice que va a ser de breve duración, luego se prevé que sea de ciento ochenta días. Casi a los cinco meses de esta segunda baja, la empresa comunica al trabajador el fin de su contrato temporal. Previamente había solicitado una incapacidad permanente que le fue reconocida al poco tiempo del despido.

El Juzgado consideró tal despido nulo por ser discriminatorio por razón de discapacidad, resaltando que nada tenía que ver el título de soporte del contrato en prácticas con la ordinaria actividad de prestista que desarrolló, que existía un panorama indiciario claro de que se le había despedido por esa situación de limitaciones de larga duración derivadas de aquel accidente de trabajo y que por ello el cese era vulnerador del derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, fijando indemnización por daño moral derivado de vulneración de derecho fundamental a la no discriminación.

Recurrida la sentencia tanto por la empresa de trabajo temporal y la usuaria como por la demandante, la Sala acoge este último y rechaza aquéllos, incrementando el importe de la indemnización por daño moral, pero considerando existente aquel panorama indiciario suficiente de discriminación por razón de discapacidad, comentando las diversas sentencias TJUE sobre la materia y apoyando su decisión especialmente, en la TJUE Daouidi.

### **13.- TSJ Madrid, 2/02/2018 (recurso 1036/2017).**

Desestima el recurso del demandante, confirmando la improcedencia y no la nulidad del despido disciplinario de la demandante, basada en disminución continuada y voluntaria de rendimiento en el trabajo, considerando la Sala que el despido en fraude de ley merece la calificación de improcedente, que no consta acoso laboral y que no puede hablarse de que se trate de enfermedad equiparable a discapacidad a estos efectos, pues previo al despido, hecho ya cuando la demandante estaba de alta laboral. Previamente al despido, consta que la misma sólo había sufrido una baja dos años antes, baja que tuvo tres días de duración y en el mismo año del despido sufrió otros dos procesos, de mes y medio uno y tres meses y una semana el otro, sin que conste queden limitaciones para desarrollar su actividad, siendo bajas que tanto el Juzgado como la propia Sala califican de corta duración.

### **14.- TSJ País Vasco, 19/12/2017 (recurso 2500/2017).**

Se despiden disciplinariamente a una persona, alegando errores continuos en su trabajo, lo que ni se pretende probar. El Juzgado declara improcedente el despido.

En el recurso se pide nulidad, alegando que se le ha despedido por estar de baja por razón de una incapacidad temporal de larga duración, siendo por ello equiparable a una discapacidad y que, por tanto, el despido por tal causa es nulo, en cuanto que discrimina por razón de discapacidad.

La Sala estima el recurso, aplicando la Directiva europea contra la discriminación en el trabajo y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretarla, entendiendo que existe panorama indiciario suficiente de que se le despidió por

conocer que la baja laboral en que se encontraba la demandante iba a ser de larga duración y por tanto, tratase de una enfermedad equiparable a discapacidad a estos concretos efectos. Para ello, considera que han transcurrido cuatro meses desde el inicio de la baja hasta el despido, que se fijó su duración breve en un principio, pero que luego ya se fijó en cien días antes de ese despido, aunque luego se prolongó a doscientos, debiendo considerarse que la empresa ni ha pretendido probar aquellos imputados errores.

Es sentencia firme.

Actualmente el mismo TSJ 15/10/2019 (recurso 1667/2019) ha admitido a la misma demandante que pueda reclamar en proceso ulterior y distinto una indemnización por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas generado en aquel pleito. Para admitir ese segundo proceso, se basa en la jurisprudencia fijada por la Sala Cuarta TS.

#### **15.- TSJ País Vasco, 26/09/2017 (recurso 1734/2017).**

Estima la nulidad de un despido económico acordado por una empresa panadera de un ayudante de panadería el cuál llevaba de baja más de dos meses antes de su despido precisamente por cuadros de asma ocupacional y alergias a los que la Sala reputa la condición de limitaciones duraderas, pues el contacto con los productos de elaboración del pan y similares genera las mismas y de hecho, conforme lo pedido por el demandante en razón de ese perjuicio, no se fija la obligada readmisión derivada de la calificación de despido nulo, sino la extinción por despido improcedente y abono de salarios de tramitación correspondientes.

Otorga la protección antidiscriminatoria por discapacidad con base a lo dicho en la sentencia Daoudi.

Recientemente la misma Sala ha estimado que tal trabajador se encuentra en situación de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual (TSJ País Vasco 5/11/2019, recurso 1809/2019)

#### **16.- TSJ Cataluña 7/06/2017 (recurso 2310/2017).**

Es la sentencia que la Sala dictó en suplicación del asunto Daoudi, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social que había declarado nulo el despido, entendiendo que el mismo no obedecía a razones de funcionalidad o rentabilidad empresarial, sino precisamente a entender que debía aplicarse la protección antidiscriminatoria por discapacidad de la Directiva 2000/78, pues el despido no se produjo de forma inmediata luego del accidente de trabajo o el inicio del proceso de incapacidad temporal, sino pasados casi dos meses y luego de apreciar que tal proceso se tornaba duradero, no estando bien delimitado en el tiempo lo que iba a durar, luego de que el trabajador comentarse que no iba a ser cercana la reincorporación laboral. Ello lo hizo interpretando la previa TJUE 1/12/2016 (c- 395/15) resolviendo la previa cuestión que el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona había planteado en esta causa.

La Sala hace un repaso de la jurisprudencia y de sus precedentes –en especial de la sentencia de Pleno de la propia Sala catalana de 1/07/2014 (recurso 956/2014).

Indica que, en el caso, no fue la enfermedad el factor de segregación del demandante en relación a otros trabajadores (ello no se alegaba ni en demanda) y debiendo valorarse la situación justo al tiempo del despido según la TSJ Daouidi, no cabe valorar hechos posteriores (petición de incapacidad permanente, tratamientos posteriores).

Por ello entiende que el despido es improcedente, que no nulo, pues el demandante fue despedido sin transcurrir dos meses desde el accidente laboral y el consiguiente inicio del proceso de incapacidad temporal y a los meses del despido fue dado de alta sin secuela alguna, por lo que no cabe apreciar que existiesen limitaciones duraderas para el trabajo.

Este criterio es compartido por el profesor Beltrán de Heredia Ruiz, quien destaca el acierto que supone fijar que la valoración sobre los dos indicios que indica la TJUE Daouidi se ha de hacer partiendo de los datos existentes al tiempo del despido<sup>25</sup>.

Así mismo, la propia Sala, posteriormente desecha que haya diversas especies de vulneración de derechos fundamentales o que quepa considerar como nulo el despido sin causa real o en fraude de ley.

#### **17.-TSJ Andalucía (Granada), 17/05/2017 (recurso 24/2017).**

Examina el caso de un trabajador que sufre un accidente de trabajo, en el que media una amputación distal del húmero del brazo izquierdo. Al mes del accidente es despedido por la empresa: uno de cuyos representantes acude al hospital a entregarle el despido, firmando allí un finiquito el demandante, dándose por resarcido de lo derivado del contrato temporal suscrito entre partes.

Desestima el recurso del demandante que pretende la nulidad del despido.

Asumiendo que el despido es improcedente, descarta la nulidad tras citar la jurisprudencia TS y en especial las TS 11/12/2007 y 27/01/2009 (recursos 4655/2006 y 602/2008) entendiendo que la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo en sí misma no constituye causa discriminatoria en cuanto que pueda considerarse que vulnere un derecho fundamental, no siendo causa reconocida de discapacidad, considerando que fue la componente funcional de la falta de actividad profesional del demandante enfermo lo que motivó la decisión empresarial de despedir al trabajador.

Como se ve, en la propia resolución se recoge que el accidente de trabajo supuso una amputación parcial en una extremidad y parece que ello ha de generar alguna discapacidad y desde luego, esa amputación no es que sea duradera, es que es menoscabo permanente. Empero, no hay razonamiento específico al efecto en la misma y ya se ha dicho que desestima la petición de nulidad del despido, basándose en, entre otra otras, razones en alegar que el despido es discriminatorio.

---

<sup>25</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi. Obra ya citada. Véase la nota número 48.

#### **18.- TSJ Madrid, 8/03/2017 (recurso 1172/2016).**

Aplica la doctrina TJUE Daouidi a una trabajadora que, tras una baja muy prolongada, intenta reincorporarse a la empresa y tras diversas vicisitudes, es despedida casi de inmediato, siendo que pasados unos meses se le reconoce la situación de persona con discapacidad (48%) en parte por los problemas estomacales que determinaron aquellas bajas.

Considera que consta que fue despedida sin que haya cometido ningún tipo de falta laboral, mediando sucesivas y largas bajas laborales por aquella enfermedad que es una de las que han producido su declaración de persona con discapacidad, la Sala concluye en que esa discapacidad es la que ha impedido a la demandante reincorporarse a su puesto de trabajo, siendo ello una traba que ha de ser superada, pes no cabe quede entorpecido el tratamiento y curación de la larga enfermedad despidiéndola de su trabajo, mutando la calificación de despido improcedente que había fijado el Juzgado a la de nulo.

#### **19.- TSJ Cataluña 18/03/2016 (recurso 197/2016).**

Revoca la declaración de despido nulo fijada por el Juzgado y estimando el recurso empresarial, considera improcedente el despido objetivo del demandante, ya que parte de que no se ha atacado ni el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante ni su derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, debiendo considerarse que no estaba justificado el despido del demandante (conductor de ambulancias) basado en ineptitud sobrevenida por consecuencia de las lesiones en una rodilla que se le habían generado, entendiéndose la Sala que se mantiene la aptitud suficiente como para asumir las tareas principales de tal actividad.

Por lo que hace a la discapacidad, rechaza que se de esa situación en el caso, asumiendo que existe recomendación de evitar sobrecarga intensa de tal rodilla, lo que entiende que sólo de forma esporádica se daría en su trabajo y además, en su caso, debiera considerarse la obligación de ajuste del trabajo a las personales circunstancias del trabajador que impone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre).

#### **20.- TSJ Galicia, 22/12/2015 (recurso 3689/2015).**

Considera nulo el cese en el que la empresa acude formalmente al despido objetivo del artículo 52 Estatuto de los Trabajadores y partiendo de que la demandante es persona con discapacidad (aunque no la tiene formalmente reconocida como tal) pues sus dolencias son previsiblemente permanentes y han desencadenado una parte importante de las bajas sobre las que se pretende el despido, considera que estamos en presencia de una enfermedad equiparable a la discapacidad (las bajas se producen de forma reiterada en el tiempo, aunque con escasa duración). Entiende que es un factor de segregación en relación con el resto de los demás trabajadores, pues puede implicar una diferencia de trato indirecta, al estar el trabajador con discapacidad más expuesto a sufrir una enfermedad generada por su discapacidad, corriendo mayor

peligro de llegar a causa habilitante del despido objetivo que se trata, incidiendo ello en enfermedades que no sean graves (recordar que las bajas por enfermedades graves se excluyen por Ley para causalizar este tipo de despidos).

Además, con cita de TSJ Canarias 25 01 2011 (punto A de este capítulo) considera que el despido solo causalizado en esas bajas supone dejar de lado la consideración del trabajador como persona, como ser humano.

Molina Navarrete<sup>26</sup> considera que esta sentencia es una *“importante carga de profundidad contra la reforma de artículo 52 en el año 2010 y 2012”*, siendo que la aplicación de la doctrina TJUE (caso HK Danmark) impone una interpretación restrictiva en este tipo de despidos, cuando menos claramente cuando estemos ante enfermedades equiparables a la discapacidad.

Y al hilo de lo anterior, no cabe obviar que aquella TS 25 11 2014 (recurso 2344/2013) que ya advertía de la presumible necesidad de reelaborar la doctrina aplicativa de aquel artículo 52, d ET.

La opinión que late en el fondo de esta sentencia creo que es la de que se ha de repudiar la idea de despedir a nadie por limitaciones derivadas de la propia situación de discapacidad, apoyándose al efecto en aquella doctrina TJUE sobre interpretación de la normativa antidiscriminación europea, aunque no lo dice expresamente.

Sin duda, es un precedente importante de la doctrina TJUE Ruiz Conejero (18/01/2018, asunto C. 270/16).

## **21.- TSJ Comunidad Valenciana 8/05/2014 (recurso 778/2014).**

Aplica la STJUE Ring, confirmando la calificación de despido nulo por discriminatorio por razón de discapacidad en un caso en que una trabajadora con discapacidad, empleada en un centro especial de empleo.

La misma pasó a incapacidad temporal por lumbalgia y al alta laboral, tras tres meses de baja, luego de haber sido declarada apta con limitaciones para su trabajo por el correspondiente servicio de prevención, pidió un cambio de puesto de trabajo.

Fue de inmediato despedida y sin que la empresa intentase en juicio probar algo sobre las formales causas de despido disciplinario invocadas en la carta de despido., que era la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal y pactado en los últimos meses.

La Sala valenciana da relevancia a esa inactividad probatoria y entiende que, aparta de la duración por tres meses de aquella baja inicial, a los efectos de poder hablar del requisito de larga duración, en todo caso persiste una limitación de larga duración, pues la valoración tras la baja fue de aptitud con limitaciones por aquel Servicio de Prevención, infiriendo de ello que las tales limitaciones sí que cumplían con el requisito

---

<sup>26</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Obra ya citada, véase nota número 48.

de larga duración. Concluye en que fue la discapacidad de la trabajadora la causa real del despido y por ello, causa odiosa que determina aquella calificación.

## **22.- TSJ Comunidad Valenciana de fecha 9 de mayo de 2012 (recurso 823/2012).**

Revoca la sentencia del Juzgado, que había considerado el despido discriminatorio por razón de obesidad de un trabajador discontinuo y lo declara improcedente, considerando que la obesidad puede ser asumido que sea una enfermedad, pero que por sí misma no puede considerarse constitutiva de discapacidad.

Resumidamente, resalta que la obesidad del actor en anteriores campañas no supuso un impedimento para la ejecución de los cometidos propios de su puesto de trabajo y que el sobrepeso, como alteración de la salud, no puede ser considerado como causa de segregación “odiosa”, ni está proscrita por la Ley, indicando que es enfermedad que afecta a la mayor parte de la población en las sociedades actuales, lo que se considera elemento adicional de refuerzo de su tesis.

Molina Navarrete<sup>27</sup> critica de esta sentencia el que no considere, siquiera cite, la Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, que prohíbe tanto la discriminación por sobrepeso como por obesidad, pese a estar promulgada y en vigor al tiempo en que se dicta la resolución, extremo que también puso de manifiesto Rivas Vallejo, aunque resaltando los limitados efectos de esta Ley<sup>28</sup>.

Con independencia de lo anterior, tanto Molina Navarrete como Rivas Vallejo entienden que tan genérico criterio debiera ser enmendado a la luz de la entrada en vigor de la CRPD y más claramente desde la STUE Kartoft (18/12/2014, asunto C- 453/13) que asume que la obesidad mórbida puede constituir enfermedad equiparable a discapacidad si genera limitaciones duraderas en lo profesional.



---

<sup>27</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Obra ya citada. Véase la nota número 4.

<sup>28</sup> RIVAS VALLEJO, Pilar. Obra citada en la nota número 39. Véase el párrafo 3, punto C de este trabajo.

# ARTÍCULOS

## LA DIMISIÓN Y EL DESPIDO: CRITERIOS DE CARGA PROBATORIA

**Florentino Egvaras Mendiri**

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco

---

### 0. Aproximación

Resumen Entre las causas de extinción del contrato de trabajo se encuentran la dimisión del trabajador y el despido que practica el empresario. A veces es difícil en el proceso laboral el determinar si el trabajador ha dimitido o ha sido despedido. La carencia de una prueba específica sobre lo acontecido crea una incertidumbre sobre el real motivo de la resolución del contrato: ¿despido o abandono voluntario?

Son las reglas de la carga probatoria las que determinan el éxito o fracaso de la demanda de despido. Dependerá para que la pretensión se estime o se rechace de si es el trabajador el que debe probar que ha sido despedido o de si es el empresario al que se le exige el mostrar que ha existido una dimisión del operario.

En el presente artículo pretendemos ofertar algunas conclusiones sobre el supuesto, partiendo para ello de las contradictorias resoluciones que sobre este tema ha dictado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10-10-2006, rc unif. 5065/2005, por un lado, y 19-12-2011, rc. unif. 882/2011, de otro.

### 1. Dimisión

Dice el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores –ET- que el contrato de trabajo “se extinguirá:...d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar...”

La dimisión requiere una declaración expresa, clara y precisa del trabajador en la que sin lugar a dudas se manifieste su voluntad de extinguir el contrato de trabajo. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo<sup>29</sup> exigiendo una declaración inequívoca de la voluntad del trabajador de resolver la relación laboral.

---

<sup>29</sup> STS 29-6-1989, RJ 6637/1989

## 2. Despido

Señala el art. 49 del ET que el contrato de trabajo “se extinguirá:... k) Por despido del trabajador...”

Con el término despido el ET alude a la resolución del contrato por parte del empresario en uso de su facultad disciplinaria/organizativa. Pero el concepto de despido incluye con carácter general todos aquellos supuestos en los que el empleador resuelve el contrato de trabajo unilateralmente de forma ilegal<sup>30</sup>.

Cuando al trabajador se le extingue el contrato sin ajustarse el empresario a las causas previstas por el legislador o el Convenio, bien sea formal o materialmente, se acude a calificar su actuación de despido<sup>31</sup>.

El despido incluye, en definitiva, todo cese por iniciativa del empleador, cualquiera que sea la causa del mismo<sup>32</sup>.

Es importante considerar que el despido es un negocio jurídico constitutivo de manera que no se admite la retractación del empresario una vez expresada su voluntad de extinguir el contrato de trabajo<sup>33</sup>, opera ipso iure; a diferencia de lo que acontece con la dimisión del trabajador que admite supuestos de revocación –retractación diremos luego- por su parte<sup>34</sup>.

## 3. Carga probatoria

El principio de carga probatoria que rige en nuestro sistema procesal es el conocido como “onus probandi incumbit ei qui dicit”. Tal regla es la que recoge el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC- y lo que viene a significar es que el que reclama debe acreditar su derecho; según este criterio el trabajador debe probar que ha habido un despido y que el mismo es ilegal.

En el proceso de despido existe una regla de la carga probatoria que es la que se plasma en el art. 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –LRJS-. Dice este artículo: “1. Ratificada, en su caso, la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar. Asimismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo...2.Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.”

<sup>30</sup> STS 25-6-2013, rc unif. 2113/2012, que configura el despido como el “acto ilícito del empresario”.

<sup>31</sup> STS 23-03-2005, rc unif. 25/2004, que califica de despido a toda resolución unilateral que realiza el empresario.

<sup>32</sup> STS 16-07-2012, rc unif. 2005/2011.

<sup>33</sup> STS 19-1-2016, rc unif. 1777/2014.

<sup>34</sup> STS 17-7-2012, rc unif. 2224/2011.

Pese a esta referencia del art. 105 LRJS relativa a que es el empresario/demandado el que debe realizar la prueba inicialmente, y en orden al supuesto que pretendemos contemplar, sin embargo, se considera por parte de los aplicadores sociales que el trabajador debe probar primeramente que ha existido un despido.

Esta regla lo que implica es que se hace gravitar sobre el trabajador la carga de probar que ha concurrido una extinción irregular –despido- del contrato de trabajo por parte del empresario.

Pero este criterio, ya de por sí cuestionable, todavía, parece complicarse si lo que en el proceso de despido el empresario afirma, para oponerse a la demanda de despido, es que lo que ha acontecido es una dimisión/abandono del trabajador de su contrato de trabajo.

El problema como tal surge porque afirmándose por el trabajador que ha acontecido un despido, salvo que consten actos resolutorios unilaterales de este –si no está acreditada su dimisión-, en principio si se ha probado la existencia de una relación laboral será al empresario –ex art. 105 LRJS- al que se le exigirá la prueba de que hay una causa distinta del despido para extinguir el contrato. Y ello es así porque, normalmente, el trabajador para accionar por despido se estará basando en la existencia de un acto objetivo de la extinción del contrato de trabajo que ha sido ejecutado y manifestado por el empresario, como es, ad exemplum, que se ha cursado la baja en la Seguridad Social, o se ha comunicado al trabajador que se le tiene por abandonado en la relación laboral, o que no se le permite incorporarse al puesto de trabajo.

Esa regla básica del art. 217 LEC, en estos casos, ya no resulta tan clara de aplicar. El trabajador tiene que probar que ha habido un despido, pero lo que realmente estará impugnando es un acto por el que la empresa objetiva la finalización de la relación laboral –baja en Seguridad Social o la falta de trabajo a partir de determinado día o la imposibilidad de acceder al puesto de trabajo...-, y este acto, a priori, será suficiente para acreditar que ha habido un acto resolutorio del contrato que objetiva la voluntad empresarial de extinguir el contrato. A partir de aquí, podemos argumentar, si el empresario pretende motivar su conducta de materializar la extinción en un acto previo del trabajador por el que ha abandonado su contrato, es a aquel al que corresponderá probar la dimisión.

En definitiva, podemos representar el caso linealmente: hasta un punto hay una relación laboral y desde el siguiente ya no la hay. O lo que es lo mismo: el único hecho objetivado y constatado es que la empresa ya no considera al trabajador un empleado suyo y ha tramitado o expresado su expulsión de la empresa.

Si el trabajador cuestiona este hecho, lo que está haciendo es impugnar lo que él califica como un despido, y este es el objeto petitorio de su demanda; quien se oponga a ello deberá probar que no existe tal despido sino un abandono del trabajador que ha sido el generador del proceder empresarial.

De lege data, y en la especialidad del proceso laboral, aplicar automáticamente el art. 217 LEC –el trabajador debe probar el despido- no resulta el único medio interpretativo del principio de carga probatoria.

## 4. Criterios jurisprudenciales

La cuestión que tratamos es bastante frecuente y da lugar a distintas modalidades interpretativas de los hechos, que se plasman en dos versiones contradictorias en el juicio: el trabajador afirma el despido, el empresario el abandono de aquel de la relación laboral.

El Tribunal Supremo se ha enfrentado con este problema y sus resoluciones no son todo lo lúcidas que cabría esperar de este órgano superior y unificador<sup>35</sup>. Pasamos a referir dos sentencias que han tratado este tema:

a) STS de 10-10-2006, rc unif. 5065/2005. En esta sentencia se aborda un supuesto en el que el Juzgado declaró improcedente un despido de una trabajadora que en un determinado día dejó de prestar servicios sin que conste su renuncia voluntaria al trabajo. El TSJ de Asturias<sup>36</sup> confirmó esta sentencia. Se funda esta resolución en entender que el empresario debe probar la existencia de una dimisión del trabajador si se opone a la existencia del despido.

Podemos decir que aplica un criterio de carga de la prueba flexible, acorde con las dinámicas tuitivas del derecho laboral. Lo que hace es atribuir al empresario la carga de probar que ha sido el trabajador el que ha abandonado el contrato; probada la relación laboral la empresa debe acreditar que ha sido el trabajador el que ha dimitido.

Se recurrió en casación para la unificación de doctrina y se presentó para la contradicción una sentencia del TSJ del País Vasco de 16-5-2000, rc suplicación 483/2000.

Nos vamos a detener en esta sentencia del TSJ País Vasco porque es la que va a servir de elemento de contradicción al TS en los dos casos que estamos refiriendo.

El TSJPV en su sentencia de 16-5-2000, rc suplicación 483/2000, estudia un supuesto en el que la trabajadora deja de prestar servicios a partir de un determinado día. La Sala de suplicación precisa que como sólo consta que la trabajadora deja de trabajar un concreto día, es a ella a la que le correspondía probar que ha sido objeto de un despido. En definitiva, se le aplica a la trabajadora el que podemos denominar principio estricto de la carga probatoria. Este consiste en que debe acreditar que el empresario ha procedido a su despido.

Volvemos a la STS de 10-10-2006. Ésta en la contradicción que se le presenta confirma la resolución del TSJ de Asturias –la empresa debe probar que ha dimitido el trabajador- precisando que contiene la doctrina correcta. Al efecto sostiene el TS que la cuestión a dilucidar es la aplicación del art. 217 LEC, y precisa que en estos supuestos la acción ejercitada se integra sobre dos objetos esenciales como son, por un lado, la existencia de una relación laboral con sus elementos de antigüedad, salario y categoría; y, de otro, el hecho del despido.

<sup>35</sup> Sobre líneas argumentativas del TS véase: Nueva técnica judicial: Copego, Jurisdicción Social, Revista ON-LINE, nº 199, abril 2019; autor Florentino Eguaras.

<sup>36</sup> STSJ de Asturias de 30-9-2005, rc suplicación 2572/2005.

Para el TS la existencia de la relación laboral incumbe al trabajador, pero respecto al despido señala que consta un hecho positivo como es el del último día en el que se han prestado servicios por el trabajador. A partir de aquí se indica que bien puede haber finalizado la relación por voluntad del empresario o del trabajador, pues nada se sabe a ciencia cierta sobre la causa del cese. Es por esto que se acude al principio de que toda extinción por voluntad del trabajador debe ser clara y terminante, evidenciando un deliberado propósito de dar por terminado el contrato de trabajo.

Termina por decir el TS que la carga probatoria exige que por el empresario se acredite el deliberado propósito del trabajador de extinguir su relación laboral.

En definitiva, se transmite al empresario la carga de probar que el trabajador ha abandonado la relación laboral, no a este la acreditación de que ha existido un despido.

b) STS de 19-12-2011, rc unif.882/2011. En este recurso la Sala contempla un supuesto en el que la trabajadora alegaba que había sido despedida verbalmente, el Juzgado desestimó la demanda y la Sala del TSJ Andalucía<sup>37</sup> estimó el recurso, y al efecto argumentó que el criterio de mayor disponibilidad y facilidad probatoria que se deduce del art. 217.7 LEC implica que cuando ninguna de las partes lleva a cabo una actividad probatoria concluyente de su actuar –despido o dimisión-, y habiendo podido la empresa requerir a la trabajadora para que se reincorporase a su puesto, es a aquella –la empresa- a la que se le exige probar el abandono del puesto de trabajo voluntario de la trabajadora.

El TS en su sentencia señala que lo que va a examinar es si la carga de probar la existencia de un despido verbal corresponde al empresario o a la trabajadora. Con otras palabras, y con una perspectiva angular diferente, se aborda similar cuestión que en la sentencia que hemos descrito en el apartado anterior –a)-, STS de 10-10-2006, rc unif. 5065/2005; prueba de ello es que la resolución que se utiliza por el TS para apreciar la contradicción es la misma que antes hemos indicado, la del TSJPV de 16-5-2000, rc suplicación 483/2000.

La conclusión a la que esta vez llega el TS es diametralmente opuesta a la precedente. Ahora señala que la carga de probar el hecho constitutivo de los efectos jurídicos que pretende la actora –el despido- es suya, ya que bien podría haber requerido a la empresa para que le admitiese en el trabajo. Termina por indicar que operar de otra forma supone que el empresario debiera probar un hecho negativo como es que no ha sucedido el despido.

En resumen: dos supuestos idénticos, dos respuestas diferentes. Una, la primera, aplicando una visión laboralista de la carga probatoria, exige al empresario probar que el trabajador ha desistido del contrato de trabajo; y, la otra, desde una perspectiva estricta de la carga probatoria que dimana del proceso civil, concluye que es el trabajador el que debe probar el despido.

## 5. Doctrina clásica del Tribunal Supremo

<sup>37</sup> STSJ And de 22-12-2010, rc suplicación 2656/2010.

El TS<sup>38</sup> venía significando que ya se trate de dimisión en sentido estricto o de abandono, es preciso que se produzca una actuación del trabajador que de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato. Lo que se requiere a la empresa es la prueba de una manifestación de voluntad en ese sentido, o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral por parte del trabajador. Si no la hay, o no se prueba, lo que acontece en el mundo del derecho laboral es un despido.

## 6. Propuesta de superación del conflicto

Nos inclinamos en nuestra propuesta por atribuir al empresario la carga de probar que el trabajador ha abandonado o dimitido de la relación laboral. El trabajador no debe probar primero el despido, sino el que se opone al mismo acreditar la causa de su oposición.

Algunas de las razones en que nos apoyamos para nuestra oferta son:

- Tal interpretación se congenia mejor con la regla procesal que rige en el proceso de despido. Según el art. 105 de la LRJS se impone al empresario la carga de probar sus posiciones en primer lugar, y ello supone que si alega la dimisión del trabajador, es él el que debe acreditar este hecho inicialmente en el proceso. El mismo orden de intervención de las partes indica que para que no se produzca indefensión en ninguna posición de los litigantes, ratificada la demanda, el empresario justifique su postura procesal, y actúe la prueba según ella, al igual que hará el trabajador, respecto a lo acreditado por el demandado.

Por ello, las reglas de la carga probatoria del art. 217 LEC tienen un alcance y contenido expresos en el proceso laboral de despido que ha sido diseñado por la misma norma adjetiva laboral. La consecuencia de ello es que instrumentalizada una acción de despido es al empresario al que compete probar las causas de extinción de la relación laboral.

- La dimisión requiere un acto volitivo expreso, claro y preciso, y exige una prueba sobre el mismo. Cualquier duda sobre su existencia determina que no se presuponga que concurra. Ante la carencia de prueba del abandono debe tenerse este por no realizado.

- Los efectos perjudiciales de la dimisión para el trabajador obligan a requerir al empleador la prueba inconclusa sobre su concurrencia. La separación voluntaria del sistema protector que implica la dimisión (carencia de desempleo cuando hay una dimisión ex art.267, 2, a LGSS) y la pérdida del trabajo, que es el medio normal de subsistencia, sugieren la excepcionalidad en la vida laboral de la dimisión como medio de extinción del contrato.

---

<sup>38</sup> Sentencia del TS de 3 junio 1988. RJ 1988\5212

- Las facultades organizativas del empresario son una de las características del contrato de trabajo, y se corresponden con el despido disciplinario o con la extinción unilateral del contrato por el empresario en términos generales. Lo infrecuente es que ante situaciones de incertidumbre sea el trabajador el que por voluntad propia resuelva el contrato. El trabajador, salvo casos excepcionales, si su situación en la empresa resulta insostenible tiene la facultad de actuar el art. 50 ET; jurídicamente la dimisión requiere una causa motora –muchas veces desconocida- y de aquí su necesaria constancia de que ha existido, con independencia de la motivación que la haya provocado.

No olvidemos que esas facultades organizativas empresariales pueden ser las que intencionalmente hayan creado la apariencia del abandono del trabajo por el operario (días de permiso verbalmente concedidos...); para que la dimisión opere debe probarse que ha existido realmente.

- La parte más frágil del contrato de trabajo es el trabajador. Este requiere una protección eficaz frente a la posición preponderante del empresario. Las normalmente fatales consecuencias de la dimisión son desproporcionadas con una carga de probar en casos de incertidumbre el hecho del despido.

- La empresa cuenta con medios de probar la dimisión, no es ninguna prueba diabólica. Le basta al empleador con requerir al trabajador, al tiempo en que se produce la dimisión, su ratificación de la extinción unilateral; la suscripción de la liquidación de la relación laboral; la petición del preaviso para la dimisión; el descuento por la falta de este;...Estas actuaciones ordinarias son fácilmente disponibles del empresario y sirven para acreditar lo realmente sucedido. Ante una presunta extinción del contrato por voluntad del trabajador la mínima prudencia y garantía exigen una o varias de estas medidas, y su actualización por parte del empresario.

La omisión de los actos normales que son simultáneos o suceden a la dimisión, y debe gestionar la empresa, solo a ella le pueden perjudicar, sirviendo de referencia de lo realmente acontecido (ex art. 1282 Código Civil).

No olvidemos que la disponibilidad es un medio de prueba que hace gravitar en una de las partes la carga probatoria si es de su mayor disponibilidad (ex art. 217, 7 LEC).

- En estos casos concurre una objetivación de la postura empresarial del despido, como es la normalmente baja en la Seguridad Social que se produce a su instancia o la imposibilidad del trabajador de acceder a su puesto de trabajo. Estos hechos, si el empresario no ha constatado la realidad de la dimisión, acreditan una extinción del contrato por un acto real como es que hay un hecho acreditado y el mismo es que la empresa ha expulsado al trabajador de su ámbito productivo. La necesaria prueba de la causa de la extinción por voluntad del trabajador –no la que simplemente manifiesta el empresario- es exigible plenamente al empleador.

- La dimisión requiere un preaviso, si no se produce el trabajador debe compensar los días en los que no ha mediado el mismo<sup>39</sup>. La inactividad del empresario frente a este

---

<sup>39</sup> STS de 7 noviembre 1983, RJ 1983\5575

incumplimiento nos inclina a atribuirle a él la prueba de que realmente ha acontecido una dimisión.

- La dimisión del contrato por el trabajador es susceptible de retractación, a diferencia del despido que no la admite. Si el trabajador reacciona contra el cese en el trabajo, es contradictorio atribuirle la carga de su prueba, pues podemos pensar que antes de su pretensión de despido hubiera agotado previamente la posibilidad de su retractación.

- La experiencia nos dice que el trabajador normalmente no abandona su contrato de trabajo.

Si la dimisión, pongamos como ejemplo, se produce por razón de un cambio de trabajo, este nuevo empleo es fácil de acreditarlo, y sirve de elemento interpretativo sobre la veracidad de la postura del abandono que propugna la empresa.

- Principio favor negotii. Es una regla del derecho que cuando existen dos interpretaciones contrarias debe prevalecer aquella que otorgue validez a la que promueva la validez del contrato. Ante dos posturas opuestas es lógico interpretar las mismas de forma que el contrato de trabajo subsista.

## 6. EPÍLOGO: Sólo para curiosos

Tres casos:

¿Me he ido o me han despedido? me dijeron: ¡VETE!

Vine de vacaciones y no me dejaron entrar a la oficina: “¡ya no trabajas aquí, te echaron porque llevabas muchos días sin aparecer!”.

¡Cómo! ¿Un sms de la Tesorería de la Seguridad Social dándome de baja en la empresa por dimisión voluntaria?

### 1ª PARTE: La realidad.

1. Homo laboro. Con la Primera Revolución Industrial se inició un nuevo sistema de vida social. El trabajo dejó de ser una forma de modelar la Naturaleza y pasó a convertirse en el instrumento de producción de bienes y en la forma de vida de las personas.

2. Punto de partida: La angustia de la mayoría.

Vivimos de lo que trabajamos. El trabajo es el medio principal de subsistencia en nuestro entorno social.

Partamos de esta realidad social para abordar nuestro problema. Esta característica de la sociedad actual no por obvia y conocida deja de ser una consideración a tener en cuenta en la interpretación del derecho. El art. 3 del Código Civil nos dice que las normas se interpretarán en relación a la realidad social del tiempo en que han de ser

aplicadas. También el art. 1 de la Constitución precisa que España se constituye en un Estado Social.

Sí, todos estamos dentro de esta cancioneta del trabajo.

3. Continuamos: La angustia de algunos.

Nuestros tres amigos –esos que han perdido el trabajo- inician a partir de ahora una situación de ahogo, frustración, impotencia, nervios. Su tranquila vida se ha resquebrajado. Nos podía pasar a cualquiera. ¡Uf, no ha sido a mí!

## **2ª PARTE: No he entendido bien eso que dicen de Jueces y Juezas ¿para qué?**

1. El negocio jurídico. A la doctrina germánica del siglo XIX debemos la construcción teórica del negocio jurídico.

La estructuralización de la voluntad como base de la construcción de las relaciones jurídicas es una abstracción del hombre mismo, que configura a este en el centro de todo lo que hay y es en el mundo del derecho.

El negocio jurídico es cualquier expresión de la voluntad del hombre que es capaz de crear un efecto jurídico; que es capaz de un resultado que rebasa el ámbito de lo propio de la persona para emerger en las relaciones exigibles; que es capaz de constituir un derecho y un deber.

2. Casos concretos. El despido es una declaración de voluntad, la dimisión en el trabajo es otro negocio jurídico.

3. Incertidumbre. Si las dos figuras son expresión de la voluntad de la persona, ¿qué se le requiere al órgano judicial laboral a la hora de valorar situaciones como las que examinamos? ¿Qué voluntad es necesario acreditar primero: el despido o la dimisión?

Si no se hubiese creado el derecho del trabajo y la problemática laboral no se hubiera institucionalizado, entonces el ámbito del derecho civil sería el normativo del contrato de trabajo.

Pero esto no es así. El derecho del trabajo ha nacido y los juzgados laborales lo vitalizan.

Si en el juzgado de lo social se aplican las mismas normas y reglas que en el ámbito de lo civil es que hemos avanzado muy poco en el derecho del trabajo; y si en los juzgados laborales se trata al trabajador como a algunos sujetos de la relación civil es porque ni conocemos ni sabemos **para qué** y por qué existe el derecho laboral, y de paso nosotros, los jueces sociales.

¿Alguien quiere seguir exigiendo al trabajador en el proceso laboral por despido, en los casos de versiones contradictorias entre una dimisión o un despido, la prueba de este? Si hay alguien todavía es que tristemente me he expresado y explicado muy, pero que muy mal. Tengan paciencia, o casi mejor vamos a proteger el derecho laboral.

# ARTÍCULOS

## ¿CABE LA CALIFICACIÓN DE NULIDAD ANTE UN DESPIDO (disciplinario u objetivo) SIN CAUSA O CON CAUSA FICTICIA?

**Joan Agustí Maragall**

Magistrado especialista. Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

---

### Sumario

- I. Planteamiento de la cuestión.
- II. La exigencia causal en el despido ¿requisito formal o elemento esencial?
  1. El actual criterio mayoritario respecto del carácter formal de la exigencia.
  2. La eliminación del “despido exprés” en la Ley 3/12 de Reforma Laboral.
  3. El Convenio nº 158 de la OIT y sus cinco mandatos.
  4. La dimensión constitucional de la exigencia causal: El art. 35.1 CE y el derecho constitucional a no ser despedido sino existe una justa causa.
  5. La prohibición de indefensión ex art. 24.1 CE.
- III. La obligada calificación judicial de nulidad del despido disciplinario u objetivo con causa ficticia (ex art. 24.1 y art. 35 CE), a la luz de los mandatos del Convenio 158 de la OIT.
- IV. Otras dos vías para llegar a la calificación de nulidad (art. 6.3 y 6.4 CC).
- V. A modo de conclusión.

### I.- Planteamiento de la cuestión

Me propongo abordar, con estas líneas, una vieja cuestión en nuestro Derecho del Trabajo como es la de la calificación judicial que deba merecer un despido sin causa o que esconde su “causa real” detrás de la invocación de una causa disciplinaria u objetiva manifiestamente ficticia. Me refiero a aquellos casos en los que el juez/a de instancia llega a la convicción de que la causa invocada en la comunicación escrita es totalmente ficticia y se ha utilizado como mera excusa para formalizar un despido que responde a causa distinta a la invocada (muy habitualmente, la mera situación de incapacidad temporal o enfermedad).

Mi propósito –lo avanzo ya- es intentar convencer al lector/a de que en estos casos el despido, por las razones que expondré, no es que pueda, sino que debería ser declarado nulo, y ello por las razones que expondré.

Tengo clara la dificultad de mi empeño: la doctrina de casación y de suplicación, sin excepciones<sup>1</sup>, y la doctrina judicial de los juzgados de instancia, en su inmensa mayoría, califica con la simple improcedencia estos despidos, en una inercia interpretativa del art. 108.1 LRJ que, entiendo, ahora deberíamos cuestionar. Muy pocos pronunciamientos me constan en sentido contrario<sup>2</sup>.

Este criterio, sancionar con la mera declaración de improcedencia el despido en fraude de ley, comporta entender que la exigencia causal es puramente formal, y –como consecuencia obligada- equivale, en la práctica, a admitir la existencia de un auténtico “derecho a despedir improcedentemente”, sin necesidad de causa real, siempre que se esté dispuesto a abonar la indemnización correspondiente. Y entiendo que tal conclusión, ahora mismo, ya no debiera ser admisible.

Para abordar la cuestión que propongo, la posibilidad de sancionar con la nulidad el despido sin causa o con causa ficticia, es necesario resolver las dos cuestiones previas que condicionan su resolución:

-En primer lugar, si en nuestro actual ordenamiento jurídico la invocación de una causa disciplinaria es un requisito meramente formal o, por el contrario, un elemento esencial.

-Y, solamente en el caso que concluyamos que es un elemento esencial (y no meramente formal), cual debiera ser la calificación judicial en ausencia del mismo.

## **II.- La exigencia causal en el despido ¿requisito formal o elemento esencial?**

---

<sup>1</sup> El más reciente exponente de este criterio es la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 (rcud 1326/15).

<sup>2</sup> Sentencias del JS 33 de Barcelona 15.10.04, 30.1.06, 26.5.06, 2009, 19.9.11, 19.11.13, en los autos 269/04, 836/05 y 262/06, 98/11, 398/13 respectivamente), y las del JS 3 de fecha, también de Barcelona, ninguna de ellas confirmada por el TSJ de Catalunya.

## 1.- El actual criterio mayoritario respecto del carácter formal de la exigencia.

Como ya he señalado, para el sector mayoritario de la jurisprudencia el despido disciplinario sin causa real no merece mayor reproche que la calificación judicial del mismo con la simple “improcedencia”, como si siguiera vigente Ley 45/02 (que estableció la posibilidad del reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido).

Como exponente de este criterio valga el siguiente razonamiento contenido en la STS 29.11.17, último pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre esta cuestión:

*“Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido - concluye STS 29-2-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo.*

*4. Así pues, la cuestión debatida, como se ha anticipado, se ha resuelto ya por la Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de enero de 2008 (R. 3995/2006), 27 de enero de 2009 (R. 602/2008) y 22 de noviembre de 2007 (R. 3907/2006). Esta última sentencia, igual que la más reciente, además de mantener la doctrina jurisprudencial anterior sobre la calificación de improcedencia del despido motivado por "bajas médicas" del trabajador, ofrecen también respuestas a la mayoría de los argumentos específicos que aparecen en el presente debate procesal. A sus razonamientos y decisión final hemos de atenernos ahora por evidentes razones de seguridad jurídica”.*

El Tribunal Supremo, pues, reitera su propia doctrina (sentencias de 22 de enero de 2008 (R. 3995/2006), 27 de enero de 2009 (R. 602/2008) y 22 de noviembre de 2007 (R. 3907/2006), sentada durante la vigencia del “despido improcedente exprés”, sin tener en cuenta que tan anómala figura ha sido expresamente expulsada de nuestro ordenamiento mediante la Ley de Reforma Laboral 3/2012, y no se plantea la posible colisión de tal doctrina con el marco jurídico internacional, eurounitario y constitucional. Tampoco tiene en cuenta otra razón –si se quiere, más prosaica pero igualmente relevante- como es que la compensación económica derivada de la declaración de improcedencia del despido en la actualidad es varias veces inferior a la que se percibía en aquel anterior marco jurídico de los años 90, en razón no tanto de la rebaja del baremo indemnizatorio, como de la supresión de los salarios de tramitación<sup>3</sup>.

Entiendo –dicho sea con el máximo respeto- que este criterio interpretativo, que parece más fruto de la mera inercia interpretativa que de la reflexión crítica, resulta ahora mismo insostenible por las razones que se expondrán a continuación.

<sup>3</sup> Al Sr. Daouidi, por citar un ejemplo que he vivido de cerca, la declaración de improcedencia de su despido (por causa disciplinaria ficticia), le ha comportado una indemnización que no ha alcanzado 1000€ (sin salarios de trámite), cuando –en el contexto del marco normativo del año 1994, cuando el TS aparcó la figura jurisprudencial de la nulidad racial- el importe que habría percibido (incluyendo los salarios de tramitación, y fijándolos en la sentencia de instancia, hubiera sido diez veces superior).

Ello no obstante, con carácter previo entiendo oportuno advertir del efecto perverso que puede generar el mantenimiento inalterado de esta doctrina de la mera calificación de la “improcedencia”: con ella no sólo no se elimina el “despido exprés”, tal como pretendía la Ley 3/2012, sino que –de hecho- se acaba facilitando y flexibilizando sobremanera: las empresas pueden seguir despidiendo con causa disciplinaria ficticia, sin necesidad del engorroso trámite de consignar el importe de la indemnización en el perentorio plazo de cinco días (como exigía la ley 45/02), y esperar tranquila y confiadamente a que, meses después y sólo en el caso que el trabajador haya reclamado judicialmente (con los gastos que le comporta el recabar asistencia jurídica), se declare la improcedencia, bastándole el simple ejercicio de la opción indemnizatoria para exonerarse de la obligación de abono de los salarios de tramitación, y ello sin la garantía –como al menos si propiciaba aquella ley- del cobro efectivo de la indemnización (que ahora quedará al albur de la ejecución de la sentencia).

## **2.- La eliminación del “despido exprés” en la Ley 3/12 de Reforma Laboral.**

En efecto, la Ley 3/12 suprimió la posibilidad de reconocer unilateralmente la improcedencia del despido (salvo en conciliación judicial o administrativa) y, con ella, la figura del “despido exprés”, supresión que se justificó en la exposición de motivos de dicha ley en términos categóricos, para evitar la “inseguridad de los trabajadores” por cuanto limitaba “sus posibilidades de impugnación judicial”.

*“El «despido exprés» crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales”.*

Este giro copernicano que supone la supresión del “despido exprés” (a cargo –por cierto- del mismo legislador que lo introdujo) aboca a la conclusión, sin ningún género de dudas, que en el marco jurídico actual la exigencia de la causa cierta, en el despido disciplinario, es un requisito esencial y no formal. Y me sorprende sobremanera que la doctrina de casación y de suplicación haya prescindido de modificación normativa tan relevante y persistan en la simple calificación de improcedencia cuando –como en el caso resuelto por el Tribunal Supremo- se postule la declaración de nulidad.

## **3.- El Convenio nº 158 de la OIT y sus cinco mandatos.**

Con la expuesta eliminación del despido exprés, se reconcilia nuestro marco normativo con la exigencia de causalidad impuesta por el Convenio nº 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por iniciativa del Empleador, ratificado en fecha 18 de febrero de 1985 por el Estado Español.

Debe recordarse que, por imperativo del art. 96.1 CE y art. 1.5 del Código Civil, la ratificación de este instrumento internacional supone la integración de sus disposiciones en el ordenamiento interno, que pasan a ser de aplicación directa en

orden jerárquico prevalente respecto a la legalidad ordinaria. En todo caso, después de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales<sup>4</sup>, la prevalencia y aplicación directa de los mandatos del Convenio nº 158 OIT, así como la obligación de los órganos judiciales –como poder público- de respetarlos y hacerlos respetar, está fuera de toda duda.

Se exponen a continuación los concretos mandatos explicitados en dicha, con un breve comentario en relación a la cuestión que nos ocupa:

- La existencia de una causa justificada para despedir. Art. 4º: *“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio”.*
- La posibilidad del trabajador de defenderse de los cargos formulados. Art. 7º: *“No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.”*

Esta garantía previa a todo despido disciplinario, que refuerza la exigencia de causalidad que dimana del Convenio 158 de la OIT, resulta manifiestamente incumplida por nuestro ordenamiento jurídico (que no contempla tal exigencia previa al despido disciplinario), y, con mayor motivo, en los despidos sin causa o con causa ficticia. Sin duda, resultaría más difícil despedir sin causa a un/a trabajador/a (o hacerlo con causa ficticia) si previamente hubiera que formularle los “cargos” y posibilitar que formulara alegaciones a los mismos, tal como prescribe este precepto.

- El derecho a recurrir contra la misma. Art. 8º: 1. *“El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.”*
- El examen y revisión de la causa. Art. 9. 1. *“Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para*

---

<sup>4</sup> Artículo 29. Observancia.

Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados.

Artículo 30. Ejecución.

1. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.

Artículo 31. Prevalencia de los tratados.

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

Parece obvio que la consideración de la causa como una mera exigencia formal es incompatible con este primer mandato.

*justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.”*

- La reparación judicial del despido “injusto”. Art. 10: *“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”*.

Llamo la atención sobre la potencialidad de este mandato ya que, en caso de apreciarse injustificada la terminación, orienta a “anular” la misma y “eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador”, y, solamente cuando “en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible” tal solución -la nulidad y readmisión- “tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Y las preguntas que debemos hacernos, a la luz de este mandato, son claras:

¿Realmente no podemos declarar la nulidad del despido sin causa? ¿Qué lo impide?

¿Lo prohíbe el art. 108.2 LRJS? ¿No es motivo suficiente la eliminación del despido improcedente exprés y la supresión de los salarios de tramitación para reconsiderar la doctrina mayoritaria? En todo caso, ¿es compatible con el mandato de “indemnización o reparación adecuada” la exoneración de la condena de salarios de tramitación, también en estos casos de inexistencia de causa real? ¿No debiéramos en estos casos –aún en el caso de no pudiéramos sustraerse a la calificación de simple “improcedencia”- condenar al pago de los salarios de tramitación?

#### **4.- La dimensión constitucional de la exigencia causal: El art. 35.1 CE y el derecho constitucional a no ser despedido sino existe una justa causa.**

En clara referencia a los expuestos mandatos, la doctrina del Tribunal Constitucional, en sus sentencias STC 22/81 y 192/03, ha venido reiterando que *“tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma.”*, añadiendo a continuación que *“ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre el art. 35. 1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho”*, para concluir que *“No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art.*

35.1 CE) se concreta en el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa".

La doctrina no puede ser más clara y contundente, y exime de mayor comentario. Llama poderosamente la atención que se fundamente, "sobre todo", en el "principio de Estado social y democrático de Derecho" y en "compromisos internacionales", en referencia clara al Convenio 158 OIT.

## **5.- La prohibición de indefensión ex art. 24.1 CE.**

La invocación de una causa disciplinaria u objetiva ficticia, además de lesionar el derecho constitucional "a no ser despedido sin justa causa" ex art. 35 CE, genera –en un momento cronológico posterior, al ejercitar el trabajador/a el derecho fundamental a impugnar judicialmente tal despido- una evidente indefensión: el trabajador/a conoce exclusivamente la causa ficticia invocada por el empresario, pero desconoce la "causa" o "móvil" real de su despido, con lo cual difícilmente puede articular su defensa en orden a conseguir otra calificación judicial que no sea la simple declaración de improcedencia.

Y es que, como sugiere el propio legislador en el párrafo de la exposición de motivos de la Ley 3/2012 anteriormente reproducido y hemos constatado tantas veces desde la instancia, detrás de una carta de despido con causa ficticia se esconde muchas veces una "causa real" discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales, por lo que la ocultación de la causa real del despido –por sí misma y sin necesidad de que confluya otra lesión- ya debe ser entendida como una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en tanto que priva al trabajador de la premisa previa para el correcto ejercicio de tal derecho fundamental: conocer la causa real de su despido.

## **III.- La obligada calificación judicial de nulidad del despido disciplinario u objetivo con causa ficticia (ex art. 24.1 y art. 35 CE), a la luz de los mandatos del Convenio 158 de la OIT.**

Resuelta la primera cuestión y establecido el carácter "esencial" del requisito de la exigencia causal, por atender a mandatos internacionales insoslayables y tener una clara dimensión constitucional (ex art. 14 y 35 CE), procede ahora abordar la segunda cuestión, esto es, como debe calificarse un despido disciplinario u objetivo cuando se constate la invocación de causa ficticia.

En definitiva, se trata de discernir si la ausencia de causa o la invocación de causa ficticia debe ser considerada un mero "defecto formal" sancionable con mera declaración de improcedencia, como concluye la jurisprudencia mayoritaria desde la STS de 19.1.94 (ex art. 55.4 ET) y valida la reciente STS 29.11.17, o, atendiendo a la dimensión constitucional de los derechos afectados (la garantía a la tutela judicial efectiva y el derecho al trabajo), a los mandatos imperativos del Convenio nº 158 de la OIT (de aplicación obligada, prevalente y directa ex Ley 25/2014), y al propio designio del legislador (al eliminar de nuestro ordenamiento el "despido exprés), no cabe ya mantener que la ausencia de causa pueda ser calificada como un mero "defecto formal" sino que debe procederse a la declaración de nulidad, en razón de lesión del

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE, y en aplicación de la previsión de la norma ordinaria, el art. 55.5 ET y el art. 108.2 LRJS.

Y la conclusión correcta, en mi opinión, solamente puede ser la segunda, ya que únicamente la misma es compatible –por las razones expuestas anteriormente– con los mandatos establecidos por el Convenio nº 158 de la OIT (la exigencia de una causa justificada para despedir), la posibilidad –real y efectiva– de impugnar dicho despido, y de que el mismo sea revisado en sede judicial, con el específico mandato de su artículo 10 en orden a posibilitar la readmisión del trabajador (como reparación preferente), y con la insoslayable dimensión constitucional de tales mandatos, proclamada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias STC 22/81 y 192/03, en los términos que ya se han expuesto<sup>5</sup>.

La tesis no es nueva ni mía. Ya la formuló Maria Emilia Casas en un artículo publicado en 1994<sup>6</sup> y la recuperaron Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey en su obra, absolutamente recomendable, “El despido o la violencia del poder privado”<sup>7</sup>.

En aquel artículo, comentando la incidencia de la reforma de 1994 respecto a la calificación del despido y, más concretamente, “la decisión legal de trasladar a la improcedencia, con los efectos propios de ésta, la tradicional nulidad del despido por motivos formales”, Maria Emilia Casas, aun reconociendo que tal opción “pertenece al ámbito de disponibilidad del legislador ordinario (TC SS 58 y 69/1983, de 29 de junio y 26 de julio, respectivamente)”, señalaba a continuación que “*tal decisión legal encuentra límites en el propio texto constitucional, que obligan a efectuar una interpretación de la nueva regulación legal, como de todas las leyes, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución del ordenamiento jurídico...*”, a efectos de delimitar “*el campo respectivo de la nulidad y de la improcedencia del*

---

<sup>5</sup> De hecho, cuando mediante sus conocidas sentencias de 2.11.93 y 19.1.94 el Tribunal Supremo abdicó de mantener aquella figura jurisprudencial de creación propia –“la nulidad radical por fraude de ley”– por no haberla recogido la nueva LPL de 1990, es razonable suponer que lo que no descartó es lo que algunas de las situaciones sancionadas hasta entonces con tal calificación de nulidad por fraude de ley lo pudieran seguir siendo calificadas con la nulidad a partir de entonces, pero no ya por fraude de ley, sino en base a la “nueva” y única causa legal de nulidad –la vulneración de derechos fundamentales– por la indefensión generada por el hecho de no ser invocada causa alguna, o una causa que nada tenía que ver con la realidad, o que por su inconcreción impidiera la debida impugnación. Así parece sugerirse en la propia STS de 19.1.94 cuando razona que “... en la lista de supuestos de despido nulo enunciada en el art. 108.2º TA de la LPL tienen cabida las conductas empresariales de extinción de la relación de trabajo merecedoras de una reacción del ordenamiento especialmente rigurosa, por atentar contra las bases de la convivencia ciudadana establecidas en la CE”, añadiendo a continuación que “Hay que concluir, en suma, que el legislador no ha querido conservar la figura de cuño jurisprudencial del despido nulo por fraude de ley, sin que pueda achacarse a olvido la ausencia de la misma en la enumeración del art. 108 TA de la LPL, habida cuenta que este precepto si recoge en cambio la figura también de creación jurisprudencial del despido por causas discriminatorias o con violación de los derechos fundamentales”.

Cabe, pues, una interpretación alternativa a la del simple “entierro” de la figura del “despido radicalmente nulo en fraude de ley”, que es la del “reenvío” de la misma a otra causa de nulidad, concretamente la de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entendiendo que la intensa arbitrariedad y anti-juricidad del despido disciplinario con causa ficticia podía encajar en tal causa de nulidad, por la indefensión que genera en orden a defender su puesto de trabajo.

<sup>6</sup> “Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario”, en la revista “Relaciones Laborales”, 1994.

<sup>7</sup> “Editorial Trotta”, 2009.

*despido disciplinario por defectos o irregularidades de forma”, entendiendo que sólo “una interpretación de este tipo permite, al tiempo, salvaguardar las exigencias del Convenio 158 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo, 1982, ratificado por España.”*

Y en tal sentido apuntaba a continuación que *“la alteración producida por la Ley 11/1994 del sistema establecido, que vinculaba la forma del despido a la defensa del trabajador frente a la decisión extintiva empresarial, no puede entrañar una violación de los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores, incluido, desde luego, su derecho a la tutela judicial efectiva como titulares de derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE)”* para avanzar ya –a continuación– que *“la ausencia de forma en el acto de despido causante de indefensión, «entendida como situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa» (TC S 38/1981, f.j. 8), habrá de dar lugar necesariamente, no a la declaración judicial de improcedencia, sino a la de nulidad del despido”, al considerar que “el supuesto extintivo se subsumirá, en tal caso, en la definición de nulidad del art. 55.5 ET, que acoge, dentro de tal calificación, a los despidos que se produzcan, no sólo necesariamente en su motivación o «móvil, como es bien sabido, sino en su propia realización, con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», recordando que ya el profesor Alonso Olea había señalado que “En los despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales no es necesaria la existencia de «una voluntad deliberadamente torticera que busque la discriminación o violación de derechos fundamentales ... ; basta su aparición como hecho objetivo» .*

Y concluía insistiendo que *“pese a la determinación del legislador, cuya disponibilidad sobre la materia no es total, los despidos carentes de forma o de las exigencias formales que impidan al trabajador defenderse frente al mismo y ejercer su derecho a un proceso con las debidas garantías... seguirán acarreado en la vigente la calificación de nulidad”, al considerar que “sólo una interpretación de este tipo, hecha desde la perspectiva de la Constitución, respeta el límite que oponen los derechos fundamentales a las regulaciones ordinarias y las disposiciones del Convenio 158 OIT que la legislación interna ha de ejecutar.”, recordando que “el tenor literal de su art. 7, dicho Convenio supedita la terminación de la relación de trabajo «por motivos relacionados con... [la] conducta o rendimiento» del trabajador a sus posibilidades de defensa frente a «los cargos formulados contra él».*

#### **IV.- Otras dos vías para llegar a la calificación de nulidad (art. 6.3 y 6.4 CC).**

Ciertamente, además de este motivo específico de nulidad por inconstitucionalidad, ya previsto en el art. 108.2 LRJS, pueden aducirse -alternativa o complementariamente- otros dos motivos de nulidad:

-Por constituir el despido con causa ficticia un acto contrario a norma imperativa (ex art. 6.3 del Código Civil).

Esta tesis ya se recogió en el voto particular que seis magistrados/as formularon a la sentencia de sala general del TSJ Cataluña de 15-10-2004, nº 7077/2004, rec. 2821/2004, y tiene el interés o particularidad que intenta sitúa el carácter ilícito de este tipo de despidos en el art. 6.3 del Código Civil., que dispone que *“Los actos contrarios a*

*las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”*

En un caso de despido reconocido ya de inicio como improcedente por el empresario, habiéndose puesto de manifiesto la inexistencia de causa real y postulando el trabajador recurrente en suplicación la declaración de nulidad por tal motivo, la mayoría de la sala se inclinó por ratificar la improcedencia ya reconocida, razonando, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo en sus sentencias de 3.11.93 y 19.1.94, y que mantiene en la actualidad.

Frente a este criterio mayoritario, el voto particular, partiendo de los ya expuestos mandatos imperativos del Convenio 158 OIT y de la doctrina del Tribunal Constitucional ya referida respecto a la exigencia de causa justa para el despido, razona que el despido sin justificación real equivale a un desistimiento, y que, por consiguiente, *“cuando el magistrado o la Sala llegue a la conclusión de que se halla ante un desistimiento, los efectos de esa constatación no puede ser, ...por los motivos expuestos, la declaración de improcedencia del despido”,* añadiendo que *“lo que debe declarar, en un juicio previo al control de un despido inexistente, es que ha existido una comunicación extintiva del empleador sin causa y, por tanto, un desistimiento”,* para concluir que *“en dichos supuestos los efectos no pueden ser otros que los previstos en el art. 6.3 del Código Civil”,* por cuanto *“no nos hallamos en estos casos ante un fraude de ley, sino ante actos contrarios a normas imperativas -el ya citado art. 4 del Convenio 158 OIT, de directa aplicación ex art. 96.1 CE -, lo que debe comportar su nulidad de pleno derecho, en tanto que ni existen efectos legalmente previstos caso de contravención, ni resulta de aplicación el marco jurídico regulador del despido -ni siquiera su vis atractiva-, en tanto que no nos hallaremos ante dicha figura sino ante un desistimiento.”*

-Por incurrir, en todo caso, en un manifiesto fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil).

Se trataría de “resucitar”, valga la expresión, la antigua calificación jurisprudencial de nulidad por fraude de ley, al amparo del art. 6.4 del Código Civil, que dispone que *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*<sup>8</sup>. De hecho, en un “obiter dicta” de una reciente sentencia del TSJ de Catalunya de 6.6.19, se apunta la posibilidad de recuperar esta específica causa de calificación de nulidad, en base a gran parte de las razones anteriormente apuntadas. Se trataba de un supuesto de despido objetivo individual, en el que el juez de instancia aprecia que la

---

<sup>8</sup> Razonaba la STS 30.11.91, una de las últimas sentencias que la recogió, que la “calificación de nulidad radical, respecto a despidos fraudulentamente realizados....constituye figura excepcional y extrema, en tanto que no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores, requiriéndose para que proceda dicha calificación que la decisión extintiva se hubiera producido no solo de manera antijurídica, pues la de nulidad o improcedencia también corresponden a despidos producidos por actuaciones empresariales que son contrarias a Derecho, sino, además, con dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatoria de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, buscando inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para despido carente de causa, por ser inventada la que dolosamente se adujo.”

causa objetiva invocada es manifiestamente ficticia por lo que, en aplicación de la doctrina ya referida del Tribunal Supremo, declara la simple improcedencia del despido, calificación que es validada por el Tribunal Superior en tanto que no se cuestionó la misma por el carácter fraudulento del despido.

Personalmente, pienso que no es necesario acudir a estas dos vías de declaración de nulidad –ex arts. 6.3 y 6.4 del Código Civil- dada la “potencialidad”, si se me permite la expresión, de la propuesta en primer lugar, la inconstitucionalidad del despido con causa ficticia, que –además- no plantea el obstáculo procesal de apreciar una causa de nulidad no prevista en el actual redactado del art. 108.2 LRJS.

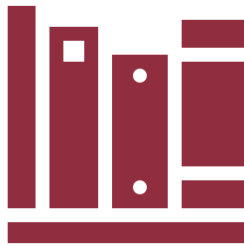
Aunque quizás por estas vías, caso de no compartirse el criterio de calificar con la nulidad este tipo de despidos, podría justificarse –a la luz del art. 10 del Convenio 158 de la OIT- la eliminación de la exoneración de la condena de salarios de tramitación, dado el carácter manifiestamente fraudulento del despido (art. 6.4 CC), o contrario al marco normativo causal (art. 6.3 CC).

## **V.- A modo de conclusión**

Por las razones expuestas, entiendo que desde la jurisdicción social debiéramos “levantar la cabeza” y revisar críticamente la doctrina mayoritaria respecto de la calificación judicial de los despidos con causa ficticia. Como ya he apuntado anteriormente, la compensación económica que recibe el trabajador/a víctima de este tipo de despidos, con la mera calificación de improcedencia, es varias veces inferior a la que se percibía hace 25 años, cuando el Tribunal Supremo “aparcó” la calificación de nulidad por fraude de ley. Y, en todo caso, tal calificación no se ajusta ni al marco constitucional ni a los mandatos establecidos en el art. nº 158 de la OIT.

Se trata, en definitiva, de -a la luz de tales mandatos (que, en razón del mandato del art. 96 CE. se imponen a la norma ordinaria y, por ello, condicionan la interpretación de la misma)- y de la expuesta doctrina constitucional, plantearnos si no debiéramos concluir que la imputación en un carta de despido disciplinario de una causa ficticia, sin base fáctica alguna, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en tanto que priva al trabajador del conocimiento exacto de la causa real de su despido y, por ello, impide o dificulta su acción judicial de impugnación del mismo, con afectación del derecho constitucional al trabajo (art. 35 ET). Y que, dada la dimensión constitucional de la lesión, al afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación al derecho constitucional al trabajo, si la calificación judicial reparadora de la misma no debiera ser otra que la de nulidad del despido.

# LEGISLACIÓN



UNIÓN EUROPEA  
ESTATAL  
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

## ESTATAL

---

Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. [Ir al texto](#)

Real Decreto-ley 16/2019, de 18 de noviembre, por el que se adoptan medidas relativas a la ejecución del presupuesto de la Seguridad Social. [Ir al texto](#)

Resolución de 4 de noviembre de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece el plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden TMS/1070/2019, de 24 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2019 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. [Ir al texto](#)

Acuerdo Administrativo para el período 2019-2020, entre el Ministerio español de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y la Organización Mundial de la Salud, para llevar a cabo actividades de cooperación en materia de donación y trasplante de órganos, células y tejidos humanos, al amparo del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la Organización Mundial de la Salud de 12 de septiembre de 2001, hecho en Madrid y Ginebra el 29 de octubre de 2019. [Ir al texto](#)

Orden TMS/1114/2019, de 12 de noviembre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2019 para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social. [Ir al texto](#)

Resolución de 4 de noviembre de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece el plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden TMS/1070/2019, de 24 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2019 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. [Ir al texto](#)

Real Decreto 598/2019, de 18 de octubre, por el que se regula la composición y el funcionamiento de la Comisión Interministerial de coordinación en materia de tratados y otros acuerdos internacionales. [Ir al texto](#)

Corrección de errores de la Orden TMS/369/2019, de 28 de marzo, por la que se regula el Registro Estatal de Entidades de Formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, así como los procesos comunes de acreditación e inscripción de las entidades de formación para impartir especialidades formativas incluidas en el Catálogo de Especialidades Formativas. [Ir al texto](#)

Orden TMS/1156/2019, de 26 de noviembre, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2019, para su gestión por las comunidades autónomas con competencias asumidas, subvenciones adicionales del ámbito de las políticas activas de empleo financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado destinadas a financiar el aumento de las ayudas para el mantenimiento del empleo de los Centros Especiales de Empleo. [Ir al texto](#)

Real Decreto 704/2019, de 29 de noviembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para garantizar la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad y la promoción de planes y programas sobre la discapacidad para el año 2019.

## AUTONÓMICA

---

### Aragón

RESOLUCIÓN de 15 de octubre de 2019, de la Directora del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo de Huesca, por la que se determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperables e inhábiles, para el año 2020 en los municipios de la provincia de Huesca. [Ir a texto](#)

RESOLUCIÓN de 15 de octubre de 2019, del Director del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo de Teruel, por la que se determinan las fiestas

locales, de carácter retribuido, no recuperables e inhábiles, para el año 2020, en los municipios de la provincia de Teruel. [Ir a texto](#)

RESOLUCIÓN de 15 de octubre de 2019, del Director del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo de Zaragoza, por la que se determinan las fiestas locales, de carácter retribuido, no recuperables e inhábiles, para el año 2020 en los municipios de la provincia de Zaragoza. [Ir a texto](#)

DECRETO 223/2019, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Sede Judicial Electrónica correspondiente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón. [Ir al texto](#)

ORDEN EPE/1547/2019, de 11 de noviembre, de la Consejera de Economía, Planificación y Empleo, por la que se aprueba el modelo normalizado abreviado de estatutos sociales para la constitución de la pequeña empresa cooperativa. [Ir al texto](#)

## Illes Balears

Decret 88/2019, de 29 de novembre, de modificació de la disposició addicional primera del Decret 74/2016, de 23 de desembre, pel qual es regula l'Advocacia de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. [Ir al texto](#)

## Castilla La Mancha

ORDEN EEI/1090/2019, de 5 de noviembre, por la que se establece el calendario de domingos y días festivos de apertura autorizada para el comercio en la Comunidad de Castilla y León durante el año 2020. [Ir al texto](#)

Ley 6/2019, de 25 de noviembre, del Estatuto de las Mujeres Rurales de Castilla-La Mancha. [Ir al texto](#)

Decreto 266/2019, de 26 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 42/2019, de 14 de mayo, por el que se modifica el Decreto 45/2018, de 3 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para incentivar la contratación indefinida. [NID 2019/10792]. [Ir al texto](#)

## Catalunya

RESOLUCIÓ PRE/2798/2019, de 30 d'octubre, per la qual es delega en el viceconseller de la Presidència per al Desplegament de l'Autogovern la presidència de la Comissió per a l'erradicació de l'amiant a Catalunya. [Ir al texto](#)

RESOLUCIÓ TSF/3133/2019, de 15 de novembre, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Reglament de funcionament del Tribunal Laboral de Catalunya (codi núm. 79001142121992). [Ir al texto](#)

## Galicia

RESOLUCIÓN do 14 de novembro de 2019, da Secretaría Xeral de Emprego, pola que se dá publicidade ás festas laborais de carácter local para o ano 2020, correspondentes aos concellos das catro provincias da Comunidade Autónoma de Galicia. [Ir al texto](#)

## UNIÓN EUROPEA

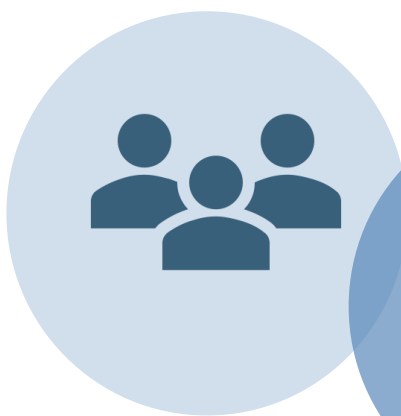
---

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. [Ir al texto](#)

ACUERDO sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2019/C 384 I/01). [Ir al texto](#)

Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido (2019/C 384 I/02). [Ir al texto](#)

DECISIÓN DE EJECUCIÓN (UE) 2019/1847 DE LA COMISIÓN de 31 de julio de 2019 por la que se modifica la Decisión de Ejecución 2014/190/UE en lo que se refiere al desglose anual por Estado miembro de los recursos de la asignación específica para la Iniciativa sobre Empleo Juvenil, junto con la lista de regiones que pueden optar a financiación. [Notificada con el número C (2019) 5438]. [Ir al texto](#)



# NEGOCIACIÓN COLECTIVA

## ESTATAL COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### ESTATAL

---

Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU.

[Ir al texto](#)

Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción.

[Ir al texto](#)

### AUTONÓMICA

---

#### [Castilla y León](#)

Convenio colectivo del sector de comercio de la provincia de Zamora

[Ir a texto](#)

## **Catalunya**

Comerç tèxtil de la província de Barcelona

[Ir al texto](#)

## **Extremadura**

Convenios Colectivos.- Resolución de 15 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos.

[Ir al texto](#)

## **Madrid**

Resolución de 2 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector de Transitarios de Madrid, suscrito por la Asociación de Transitarios de Madrid (ATEIA) y por la representación sindical de CC OO y UGT

[Ir a texto](#)

## **Navarra**

RESOLUCIÓN 94C/2019, de 3 de octubre, de la Directora General de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Convenio Colectivo del Sector Comercio de Ganadería de Navarra.

[Ir al texto](#)

RESOLUCIÓN 97C/2019, de 10 de octubre, de la Directora General de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Convenio Colectivo del Sector Comercio del Metal de Navarra.

[Ir al texto](#)

RESOLUCIÓN 100C/2019, de 18 de octubre, de la Directora General de Política de Empresa, Proyección Internacional y Trabajo, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación en el Boletín Oficial de Navarra del Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de Navarra.

[Ir al texto](#)

# JURISPRUDENCIA

## Tribunal Constitucional



### COMPETENCIAS EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL

**ST 127/2019 de 31 de octubre [Ir al texto](#)**

Recurso de inconstitucionalidad 1327-2019. Interpuesto por más de cincuenta diputados, integrantes del Grupo Parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú y Podem-En Marea en relación con diversos preceptos de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para el año 2019.

**RESUMEN:** Competencias en materia de libertad sindical.

Competencias sobre empleados públicos y ordenación general de la economía, libertad sindical y derecho de negociación colectiva, derechos a la

igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos que suspenden temporalmente las previsiones relativas a la percepción de beneficios sociales, gastos de acción social y similares que tuvieran su origen en acuerdos suscritos entre los entes integrantes del sector público autonómico madrileño y los representantes del personal a su servicio. Voto particular.

### DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

**STC 118/2019, de 16 de octubre [Ir al texto](#)**

a) Ponente: Andrés Ollero Tassara

b) Resumen: Integridad física: el art.52d) ET. cuestión de inconstitucionalidad respecto del art.

52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. El precepto cuestionado permite la extinción del contrato por causas objetivas, Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses

- c) Integridad física (art.15 CE): no se infringe porque la norma tiene por finalidad el aumento de la productividad y la eficiencia en el trabajo, reduciendo así los costes directos e indirectos que suponen las ausencias cortas. La norma no implica un riesgo grave y cierto para la salud del afectado. Las ausencias que pueden dar lugar a la aplicación de dicho precepto legal por este motivo serían las derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración, hayan dado lugar o no a la expedición de partes médicos de baja. En efecto, además de otros supuestos que no vienen ahora al caso, el art. 52 d) LET excluye de su aplicación los supuestos de enfermedad o accidente no laboral cuando la baja médica tenga una duración de más de veinte días consecutivos, así como las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.
- d) Derecho al trabajo (art.35.CE) : resulte contrario al art. 35.1 CE, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima

–evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo–, que encuentra fundamento constitucional en la libertad

- e) de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). Se han ponderado los derechos e intereses en conflicto, especialmente a través de las señaladas excepciones a la cláusula general que permite la extinción del contrato de trabajo por absentismo, así como mediante el establecimiento de la correspondiente indemnización al trabajador en caso de que el empresario opte por la decisión extintiva, que en todo caso puede ser impugnada ante la jurisdicción social. A esta corresponde controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el art. 52 d) LET y que la aplicación del precepto en el caso concreto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen la duración establecida por la norma.
- f) Derecho a la salud.(art.43.1 CE): mediante la regulación controvertida el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el art. 52 d) LET no vulnera el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 CE reconoce, ni tampoco, valga añadir, el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE)

g) VOTOS PARTICULARES DE:  
FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, XIOL  
RIOS, CÁNDIDO DONDE  
POUMPIDO y MARÍA LUISA  
BALAGUER

Supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley: resolución judicial que no rompe línea jurisprudencial consolidada alguna sino que da respuesta motivada a la pretensión deducida, atendiendo a las circunstancias específicas del caso analizado.

## IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

---

**STC 120/2019, de 28 de octubre [Ir al texto](#)**

Recurso de amparo 4763-2018. Promovido por el ayuntamiento de Sobrescobio (Asturias) respecto de la sala sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimatoria de su demanda por inactividad del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras respecto de sendos convenios de colaboración.

Resumen: derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

## VIUDEDAD

---

**ATC 133/2019, de 29 de octubre [Ir al texto](#)**

Auto 133/2019, de 29 de octubre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 4571-2019. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 4571-2019, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el artículo 221.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre



# JURISPRUDENCIA

## Tribunal Supremo



### CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR

---

**STS 22/10/2019** [Ir al texto](#)

Roj: STS 3604/2019 - ECLI:

ES:TS:2019:3604

No de Recurso: 78/2018

No de Resolución: 717/2019

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO  
PELLICER

Resumen: Conciliación de la vida laboral, personal, laboral y familiar: se confirm a la desestimación de la demanda de conflicto colectivo en aplicación de los reiterados criterios de interpretación de los convenios colectivos, según amplia jurisprudencia que cita, reseñando, al respecto, la claridad de sus términos literales y la expresa voluntad de los negociadores que, pudiendo establecer cualquier otra regulación que estimaran conveniente, expresamente circunscribieron el aludido permiso retribuido a los supuestos derivados de la celebración de

matrimonio y no a aquellos derivados de la constitución de parejas de hecho u otros modelos diferentes de convivencia continuada

### CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

---

**STS 02/10/2019** [Ir al texto](#)

Roj: STS 3343/2019 - ECLI:

ES:TS:2019:3343

No de Recurso: 153/2018 No de  
Resolución: 681/2019

Ponente: CONCEPCION ROSARIO  
URESTE GARCIA

Resumen: Condición más beneficiosa: derecho del colectivo afectado a recibir la Cesta de Navidad y a ser compensados los trabajadores en la cantidad de 60 euros por la dejada de entregar en 2017, La referida continuidad, prolongada durante mucho tiempo, en la concesión empresarial se corrobora en su naturaleza, al resultar atribuida a otros colectivos y no la desmiente la minoración puntual en la anualidad precedente a su supresión. Tampoco lo

haría el dato que trató de introducirse acerca de la carencia de un abono proporcional al finalizar la relación laboral -fracasado al no ser suficiente para alcanzar el contenido propuesto, pues un mínimo muestreo no acredita el hecho de que la empresa nunca lo hiciese así, ni enervaría la eventual existencia de otras formas de compensación, ni tampoco una posterior reclamación-, dado que la entrega se ha venido efectuando con la repetida regularidad con motivo concreto: la introducción de un beneficio concreto por la celebración de las fiestas navideñas.

## CONFLICTO COLECTIVO

---

**STS 28/10/2019 Ir al texto**

Roj: STS 3642/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3642  
No de Recurso: 148/2018 No de  
Resolución: 737/2019

Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Conflicto colectivo: inadecuación de procedimiento.

Pretensión de nulidad de la convocatoria de 20 mayo 2016 de ingreso de personal fijo en el marco del proceso de consolidación de empleo temporal y tasa de reposición y constitución de bolsas de reserva. Adecuación del procedimiento de conflicto hasta que no se han adjudicado las plazas, e inadecuación después de ese momento.

1) en un principio, la impugnación de la convocatoria de plazas de un concurso de promoción interna "afecta a un grupo indeterminado y genérico de trabajadores" por lo que su impugnación puede canalizarse por la vía del proceso de conflicto colectivo;

2) pero una vez que se ha producido adjudicación de plazas a "trabajadores determinados", aunque sea provisional, los adjudicatarios son "portadores de un interés jurídico necesitado de tutela judicial" que no se puede defender por el cauce del conflicto colectivo, restringido en el art. 152 LPL (hoy 154 LRJS) a sujetos dotados de tal condición colectiva; y 3) en conclusión, el derecho a la tutela judicial efectiva de los concursantes designados en la decisión del concurso, sea cual sea el carácter o cualidad de la designación, exige que, una vez producida la misma, la vía para la impugnación de las decisiones de la empresa sea no la del conflicto colectivo, sino la del proceso ordinario, que es la única adecuada para hacer valer los intereses y derechos individuales en juego".

Reitera doctrina: STS/4a de 25 mayo 2006 -rec. 86/2005-.

## CONTRATO DE TRABAJO

---

**STS 29/10/2019 Ir al texto**

Roj: STS 3511/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3511  
No de Recurso: 1338/2017  
No de Resolución: 743/2019

Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA

Resumen: Contrato de trabajo: existencia. Profesores que prestan sus servicios en academias que imparten cursos de formación profesional ocupacional, dándose la circunstancia de que las clases se imparten en los locales de la empresa. Así mismo, era la empresa quien contrataba a los profesores para cursos específicos en contenido y duración, buscaba al alumnado y exigía a todos los profesores

que daban clase estar contratados como Autónomos. El Centro establecía el horario. Si no se podía impartir la clase el día señalado la tenía que impartir el mismo profesor otro día. Los profesores tenían correo corporativo y acceso a una web mediante claves personales donde accedían a la formación on line y corregían los trabajos. No tenían aula de profesores y no realizaban más funciones en el centro.

## CONGRUENCIA

---

### **STS 23/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3513/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3513  
No de Recurso: 79/2018  
No de Resolución: 735/2019  
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY  
SAHUN

Resumen: Congruencia: incongruencia inexistente. La demanda suplicaba que se declarara el derecho de los trabajadores a tiempo parcial que, "por necesidades del servicio", hayan ampliado su jornada al mes completo, a percibir el salario del mismo con arreglo a 31 días cuando afecta a un mes de tal duración. La sentencia recurrida concluye que no hay ampliación de jornada sino novación del contrato de tiempo parcial a tiempo completo.

No podemos apreciar la incongruencia denunciada y ello porque, contrariamente a lo que la parte recurrente sostiene, la sentencia no está resolviendo un litigio no planteado, sino señalando que, de hecho, no se produce la situación sobre la que la parte actora asienta su pretensión, sino otra distinta.

Una cosa es lo que la parte actora alega en su demanda y otra distinta es lo que resulta de la fijación de los hechos y su ulterior valoración jurídica. Así, siendo cierto que la empresa tiene trabajadores

a tiempo parcial que pasan a ampliar su jornada, la realidad es que tal cambio no supone un mantenimiento de la naturaleza del contrato de trabajo inicial, sino, por el contrario, una novación del mismo en los términos previstos en el art. 11.4 e) del Estatuto de los trabajadores (ET). Y es sobre esos trabajadores sobre los que se postula la declaración de su derecho a que se les abone el salario de los meses de 31 días computando el mismo por el número exacto de tales días.

La parte recurrente no combate el hecho probado tercero, del que, precisamente, resulta, que para desarrollar una actividad que abarque todo el mes completo los trabajadores a tiempo parcial celebran, en efecto, un nuevo contrato de trabajo, ya a tiempo completo. Es, pues, ésta la realidad sobre la que congruente y acertadamente la Sala de instancia analiza la pretensión y, en tal sentido, no podemos sino compartir la conclusión que alcanza dado que, como se ha señalado, los trabajadores a tiempo completo perciben sus retribuciones mensuales en cuantía idéntica todos los meses del año.

## CONVENIO COLECTIVO

---

### **STS 19/09/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3338/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3338  
No de Recurso: 76/2018  
No de Resolución: 645/2019

Ponente: SEBASTIAN MORALO  
GALLEGO

Resumen: Convenio Colectivo: interpretación del I Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (BOE 22/3/2016) - en adelante, ICCRC-, en lo que se refiere a la

retribución de los trabajadores de nueva contratación que realizan funciones de monitores, y que prestan servicios en empresas que vinieren aplicando los convenios colectivos sectoriales de hostelería de cada territorio.

Los contratados a partir de la entrada en vigor del ICCRC no han de ser retribuidos conforme a lo previsto en el mismo, sino que deben regirse por lo dispuesto en los convenios de hostelería que se venían aplicando y hasta que vaya entrando progresivamente en vigor el ICCRC en cada territorio, de la misma forma que así se contempla para los trabajadores contratados con anterioridad

### **STS 08/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3341/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3341  
No de Recurso: 32/2018  
No de Resolución: 693/2019  
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO  
PELLICER

Resumen: Impugnación convenios colectivos: se desestima la impugnación de convenios en la que solicitaba, entre otras medidas, que se declarase la nulidad del acuerdo de la comisión paritaria del IV Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, logrado en la reunión de la citada comisión de fecha 19 de Junio de 2017

### **STS 29/10/2019 [ir al texto](#)**

Roj: STS 3518/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3518  
No de Recurso: 38/2018  
No de Resolución: 738/2019  
Ponente: ROSA MARIA VIROLES  
PIÑOL

Resumen: Convenio colectivo: las condiciones que debieron regir para los trabajadores contratados durante el periodo cierto del 1 de enero de 2016 al 29 de noviembre de 2016 no son las recogidas en el "II Convenio Colectivo de Renfe Operadora

Las previsiones del II Convenio Colectivo de Renfe- Operadora, que a fecha 1-1-2016 eran de aplicación ultraactiva (hecho conforme), al personal con relación vigente a fecha 31-12-2015, pero no así para el personal de nuevo ingreso, que carecía de convenio colectivo aplicable, y para los que -como señala- "resulta perfectamente legítima la remisión de los contratos tanto al preacuerdo de 16-12-2015, como al Convenio de eficacia limitada de 9-5-2016, y que el denominado Plan de empleo, como acuerdo de empresa, pudiese desplegar plenos efectos para estos colectivos desde el 1-1-2016 a efectos de clasificación profesional y ascensos

## **DERECHO A LA IGUALDAD**

---

### **STS 01/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3284/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3284  
No de Recurso: 3071/2018  
No de Resolución: 676/2019

Ponente: SEBASTIAN MORALO  
GALLEGO

Resumen: Derecho a la igualdad. Doble escala salarial: vulneración existente. existencia de una doble escala salarial contraria al art. 14 CE, en el importe del complemento personal que perciben los trabajadores de la empresa en razón de su fecha de antigüedad, con el resultado que ello supone en la cuantía de la

indemnización por despido abonada al demandante.

**STS 01/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3299/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3299  
No de Recurso: 2417/2018  
No de Resolución: 674/2019

Ponente: ANTONIO VICENTE  
SEMPERE NAVARRO

Resumen: Derecho a la igualdad. Doble escala salarial: vulneración existente. existencia de una doble escala salarial contraria al art. 14 CE, en el importe del complemento personal que perciben los trabajadores de la empresa en razón de su fecha de antigüedad, con el resultado que ello supone en la cuantía de la indemnización por despido abonada al demandante.

**STS 29/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3564/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3564  
No de Recurso: 92/2018  
No de Resolución: 740/2019

Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ  
GARCIA DE LA SERRANA

Resumen: Derecho a la igualdad. Doble escala salarial: inexistente. Impugnación de los artículos 8 y 32 del Convenio Colectivo de Michelín España-Portugal para los años 2015 a 2018. El primero de los preceptos citados no establece una doble escala salarial para el personal de nuevo ingreso, contratado a partir del 1 de enero de 2016. El segundo de los citados preceptos se da validez a determinadas modalidades de contratos temporales que no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 15 del ET, ni a la normativa que desarrolla la contratación temporal.

## DESEMPLEO

---

**STS 23/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3433/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3433  
No de Recurso: 2380/2017  
No de Resolución: 733/2019

Ponente: ANTONIO VICENTE  
SEMPERE NAVARRO

Resumen: Desempleo: el agotamiento de la Renta Básica de Inserción (RAI) equivale al de una prestación por desempleo, a efectos de devengar el subsidio para mayores de 55 años.

**STS 09/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3502/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3502  
No de Recurso: 655/2018 No de  
Resolución: 698/2019

Ponente: JESUS GULLON RODRIGUEZ

Resumen: Desempleo: le importe de la prestación contributiva de desempleo que haya de percibir la beneficiaria cuando ha mediado un trabajo a tiempo parcial como precedente temporal determinante de las cotizaciones efectuadas con arreglo al mismo, y particularmente el modo de establecer el importe de los topes mínimos y máximos previstos en el número 3 del artículo 211 LGSS.

la aplicación en cascada de las previsiones que contiene para llegar a cerrar el importe de la prestación, estableciendo el primer paso en el tiempo de su duración, aplicándose para ello la escala del artículo 210.1 LGSS y después la base reguladora, en este caso no discutidos: 2192 días cotizados, 720 días de prestación y 89,78 euros diarios de base reguladora.

Hallados esos, la operación inmediatamente subsiguiente es la de establecer el importe de la prestación en los términos del art. 211.2, con arreglo al que "la cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: El 70 por 100 durante los ciento ochenta primeros días y el 50 por 100 a partir del día ciento ochenta y uno.". Lo que en el caso supone la cifra de 62,45 euros diarios en los primeros 180 días, sin que en esa aplicación se incluya todavía en la dinámica del precepto ningún elemento de reducción.

Pero existe un tercer elemento que, en su caso, habrá de tenerse en cuenta para el cálculo del importe y que parte de la base de que en las prestaciones por desempleo contributivo existen unos topes o límites máximos y mínimos, que no pueden ser ignorados o rebasados y que se regulan en el número 3 del art. 211 LGSS.

En ese caso y desde la literalidad del precepto antes transcrita, la cuantía máxima de la prestación será el 175 por 100 calculada desde el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo, en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador. Y el mínimo de la prestación por desempleo será del 107 por 100 o del 80 por 100 del IPREM, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo.

En el supuesto de que existan dos hijos a cargo -como es el caso- el tope máximo sería el 225% de 46,60 euros diarios (IPREM de 2013 más 1/6). Y a partir de aquí es donde entraría en juego el cuarto elemento para el cálculo del importe de la prestación en el caso de la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, y como novedad, desde la reforma introducida por el RDL 20/2012 también para los contratos a tiempo completo con periodos trabajados

a tiempo parcial, desde el momento en que la norma establece los siguiente, de manera que, como establece el precepto, "En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinaran teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período". Lo que aplicado al caso de autos nos conduce a los parámetros cuantitativos que obtuvo el SPEE en la resolución que ahora debemos confirmar, porque el promedio de horas trabajadas en los últimos 180 días supone esa cifra del 81,20%, que aplicado sobre los 46,60 euros del IPREM mejorado por la existencia de dos hijos a cargo, ofrece el resultado de los 37,83 euros diarios que se reconocieron por el demandado.

Reitera doctrina: SSTS de 16 de enero de 2018 (rcud. 370/2017) y 22/03/2018 (rcud.3068/2016).

## EJECUCIÓN

---

STS 01/10/2019 [Ir al texto](#)

Roj: STS 3244/2019 - ECLI:

ES:TS:2019:3244

No de Recurso: 976/2017 No de

Resolución: 671/2019

Ponente: ROSA MARIA VIROLES  
PIÑOL

Resumen: Ejecución: a fecha desde la que se inicia el cómputo de los intereses

procesales ( art. 576 LEC) de los salarios de tramitación (primer motivo)-. El inicio del devengo de los intereses correspondientes a los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia que declara la improcedencia del despido y el auto que declara extinguida la relación laboral debe ser la fecha de la última resolución

## EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

---

**STS 13/11/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3703/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3703  
No de Recurso: 75/2018  
No de Resolución: 778/2019

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO  
PELLICER

Resumen: Empresas de trabajo temporal: os trabajadores puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal tienen derecho o no a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

## INCAPACIDAD TEMPORAL

---

**STS 10/09/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3241/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3241  
No de Recurso: 404/2017 No de Resolución: 607/2019

Ponente: SEBASTIAN MORALO  
GALLEGO

Resumen: Incapacidad temporal: incapacidad temporal que pasa a ser incapacidad permanente con retroacción

de efectos de la fecha del hecho causante. Deber del INSS de reintegro a la Mutua de las cantidades abonadas por ésta en concepto de IT al trabajador. Lo pagado a continuación por la Mutua en concepto de incapacidad temporal se convierte en una prestación indebidamente percibida por el trabajador, y pasa a regirse en consecuencia por la genérica normativa legal que impone su reintegro a la entidad gestora o colaboradora pagadora de la misma, a lo que precisamente se ha acogido la propia entidad gestora demandada para practicar en su momento el descuento. Reintegro al que tiene derecho la Mutua y que deberá efectuar el INSS, una vez que previamente ha deducido el importe del subsidio de incapacidad temporal de la cantidad que debía pagar al trabajador en concepto de incapacidad permanente, subrogándose de esta forma en la posición deudora del beneficiario del subsidio que estaba en cualquier caso obligado a devolverlo

## INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

---

**STS 01/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3352/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3352  
No de Recurso: 1209/2017  
No de Resolución: 672/2019

Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO  
ASTABURUAGA

Resumen: Indemnización de daños y perjuicios: el día de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios frente a la demandada, derivados de la exclusión de la bolsa de empleo, no es el día en el que recayó sentencia

reconociendo el derecho del trabajador a la inclusión en dicha bolsa sino el día en que dicha sentencia adquirió firmeza.

## JURISDICCIÓN

---

### **STS 01/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3222/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3222  
No de Recurso: 1600/2017  
No de Resolución: 673/2019

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO  
PELLICER

Resumen: Jurisdicción: el orden social de la jurisdicción es competente para conocer de una reclamación, interpuesta por la empresa, de indemnización de daños y perjuicios derivados de un posible ejercicio de competencia desleal por parte de unos trabajadores que constituyeron una mercantil, dedicada a la misma actividad de la empresa, vigente sus contratos de trabajo, que inició las posibles actividades concurrentes una vez los dos trabajadores ya habían causado baja voluntaria.

### **STS 19/09/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3226/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3226  
No de Recurso: 84/2018  
No de Resolución: 646/2019

Ponente: ANTONIO VICENTE  
SEMPERE NAVARRO

Resumen: Jurisdicción: corresponde al orden social. El acto administrativo sobre autorización de prestaciones sanitarias, bajo una específica modalidad (desplazamiento de personal propio de la Mutua al centro concertado), tal acto resulta incardinable en el ámbito de la materia propia de la Seguridad

Social recogida en el art. 2.s) LRJS, es lo que determina la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento del pleito.

### **STS 25/09/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3243/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3243  
No de Recurso: 1658/2017  
No de Resolución: 659/2019

Ponente: ROSA MARIA VIROLES  
PIÑOL

Resumen: Jurisdicción: corresponde al orden social. Reclamación de cantidad derivada de las extinciones de los contratos de trabajo producidas en el procedimiento concursal abierto contra la empleadora, ahora la acción se dirige frente a una sociedad no concursada y sus administradores partiendo de la premisa de que constituyen grupo de empresa

La declaración pretendida (al margen de su procedencia o no) solo puede conocerse por el Juzgado de lo Social puesto que se dirige tanto contra la empleadora que despidió cuanto, también, frente a una sociedad distinta y sus administradores partiendo de la premisa de que constituyen grupo de empresas, constatación que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional social, sin que se pueda hacer equivalente tal declaración a la situación prevista en el párrafo tercero del art. 64.5o LC que se refiere a la "unidad de empresa", argumentación en la que se basa la sentencia recurrida para sostener la falta de competencia.

Con arreglo a nuestra más reciente doctrina, cuando se quiere cuestionar la validez del despido acordado en el seno del concurso hay que accionar (individual o colectivamente) ante el Juzgado de lo Mercantil. Eso es así incluso si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación. Se trata de criterio acogido

tanto antes cuanto después de las modificaciones introducidas en la LC que entraron en vigor a principio de enero de 2012.

Pero si no se cuestiona la validez del despido concursal, sino que se reclama el abono de determinadas cantidades derivadas de la extinción contractual que comporta (sean indemnizatorias o retributivas) la solución debe ser la opuesta. La competencia exclusiva del Juez Mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados.

La excepcionalidad de la atribución competencial en favor del Juez del Concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no aparezca una norma explícita que le asigne el conocimiento de determinado asunto.

Los Autos de la Sala de Conflictos expresan claramente la imposibilidad de que la competencia del Juez del Concurso, incluso tras la entrada en vigor de las reformas de 2011 en la LC, se extienda a personas diversas a la concursada.

### **STS 08/10/2019 [Ir al texto](#)**

STS 3440/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3440  
Recurso: 2/2017. Resolución: 691/2019  
STS 3440/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3440

Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Resumen: Jurisdicción: impugnación de actos administrativos en materia laboral y seguridad social, excluidos los pretacionales: corresponde a la jurisdicción social. n Acto administrativo sancionador que no incluye la liquidación de cuotas, ni la controversia suscitada por la empresa sancionada guarda relación alguna con la regularidad de dichas cuotas.

Se sanciona por el 22.3 LISOS define como infracción grave "No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del art. 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria".

## **MEJORA VOLUNTARIA**

---

### **STS 23/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3512/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3512  
No de Recurso: 2113/2017  
No de Resolución: 732/2019

Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA

Resumen: Mejora voluntaria: interpretación del artículo 1 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, y, más concretamente, de su ámbito de aplicación subjetiva. No se aplica sólo a los altos cargos, sino también a las indemnizaciones compensatorias que perciben todos aquellos que desempeñan un puesto o actividad en el sector público cualquiera que sea el mismo con ocasión de su cese en él. Prevalece el RDL 20/2012 sobre los convenios colectivos.

# MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

---

**STS 10/10/2019** [Ir al texto](#)

Resumen: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: es conforme a derecho la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo aplicada por una empresa que carece de representantes legales de los trabajadores, tras el acuerdo negociado con la totalidad de los 16 trabajadores que integran su plantilla, que habían optado por no designar la comisión ad hoc del art. 41. 4 letra a) ET y tomaron la decisión de negociar directamente en su conjunto con el empresario, en un supuesto en el que el trabajador demandante no denuncia la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo.

Criterios de excepcionalidad que conducen a dar validez al acuerdo negociado con la totalidad de los trabajadores: el escaso número de trabajadores que conforman la plantilla de la empresa; voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente las modificaciones de condiciones de trabajo; aprobación claramente mayoritaria del acuerdo, del que tan solo discrepan una escasa minoría de los trabajadores.

En el bien entendido de que esa posibilidad solo es admisible cuando no concurra elemento alguno que pudiere hacer sospechar de una actuación torticera de la empresa, tendente a subvertir el necesario carácter colectivo de la negociación; ni aparezcan indicios de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo.

Debemos añadir una consideración final para apuntalar la eficacia de esta clase

de acuerdos, cual es la de que no pueden calificarse como simples acuerdos plurales de naturaleza individual, a modo de pactos singulares de carácter personal con cada uno de los trabajadores que votaron a favor de su aprobación, que no sería por lo tanto extensible a los trabajadores que mostraron su disconformidad.

El acuerdo así alcanzado no es de carácter plural o individual, en tanto que los trabajadores que participan en la negociación no lo hacen a título puramente personal, en su solo y único nombre.

Desde el momento en el que los trabajadores adoptan la decisión de acudir todos ellos a la negociación, en sustitución de la comisión ad hoc de tres miembros del art. 41.4 ET, se han constituido en representantes colectivos de toda la plantilla en las mismas condiciones de representatividad que hubiere ostentado aquella comisión, con todas las prerrogativas legales de la misma y actuando en representación de la totalidad de la plantilla. Dicho de otra forma, los trabajadores no actúan en ese caso a título individual, sino en la misma condición colectiva que correspondería a la comisión representativa que sustituyen, en cuyo estatuto jurídico han venido a subrogarse a efectos de la negociación y eventual conclusión de un acuerdo con la empresa.

## PRESTACIÓN FAMILIAR POR HIJO A CARGO

---

**STS 03/10/2019** [Ir al texto](#)

Roj: STS 3311/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3311  
No de Recurso: 4205/2017  
No de Resolución: 687/2019

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO  
PELLICER

Resumen: Prestación familiar por hijo a cargo: hijos causantes mayores de 18 años con una discapacidad superior al 65% que durante el tiempo computable de un año percibieron ingresos por cuenta ajena de más del 100% del salario mínimo interprofesional también en cómputo anual. Procede la extinción de la prestación. Existe el deber de comunicar variación de ingresos incluso antes de que transcurra 1 año.

La regla general para determinar los efectos temporales de la suspensión (variación) o extinción del derecho están determinados en el artículo 17.2 RD 1335/2005 cuando señala lo siguiente: "Cuando, como consecuencia de las variaciones a que se refiere el artículo anterior, deba producirse la extinción o reducción del derecho, aquellas no surtirán efectos hasta el último día del trimestre natural en el que se haya producido la variación de que se trate". Regla general ésta que debe aplicarse en todos aquellos supuestos que no estén expresamente excluidos de la misma o para los que haya una regulación específica. En este sentido, podría pensarse que la excepción se encuentra en el artículo 17.3 de la citada disposición cuando establece que "En cualquier caso, cuando la extinción o modificación venga motivada por la variación de los ingresos anuales computables, esta surtirá efectos el día 1 de enero del año siguiente a aquel al que correspondan dichos ingresos". Sin embargo, la Sala entiende que tal precepto se refiere al cómputo de rentas irregulares o provenientes del trabajo por cuenta propia, pero no a las derivadas de los rendimientos del trabajo por cuenta ajena. En estos casos, no hay que esperar un año para comprobar que tales rendimientos superan el SMI en cómputo anual, sino que -como ocurre en este caso- la regularidad de las

percepciones mensuales permite comprobar, mediante la oportuna proyección anual de lo percibido regularmente cada mes, si las mismas superan o no el mencionado umbral del SMI sin tener que aguardar a que transcurra un año natural completo para llegar a la conclusión necesaria, en aquellos supuestos en los que la percepción de las rentas se extiende - como es el caso- a más de un año natural. Lo contrario implicaría asumir supuestos muy alejados de la finalidad protectora de la prestación no contributiva que nos ocupa, ya que el causante podría encontrarse en una situación de ingresos muy superior al SMI, pero durante un período que no llegase a la anualidad, pudiéndose, incluso, repetir tal situación durante varios años, e incluso, dar lugar a prestaciones contributivas derivadas de dicho trabajo por cuenta ajena.

## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

---

**STS 23/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3693/2019 - ECLI:

ES:TS:2019:3693

No de Recurso: 2158/2017

No de Resolución: 728/2019

Ponente: SEBASTIAN MORALO  
GALLEGO

Resumen: prestaciones de seguridad social: la renta que percibe la actora del fondo de pensiones para empleados del hotel intercontinental de Ginebra, en el que prestó servicios durante el tiempo de trabajo en Suiza, debe computarse a efectos de establecer si tiene derecho a percibir los complementos por mínimos de la pensión de incapacidad permanente absoluta del RETA a cargo de la Seguridad Social española

En definitiva, la correcta interpretación de esta norma es que las prestaciones percibidas de una entidad extranjera se consideran ingresos o rendimientos de trabajo a efectos de aplicar los arts. 5 a 7 del Real Decreto, que obligan a computar esta clase de rendimientos a efectos del complemento por mínimos, sin que eso suponga que la Seguridad Social española esté obligada a garantizar en este caso la pensión mínima en los términos que contempla el apartado tercero.

No es admisible una interpretación de estos preceptos cuyo resultado sea el de que no deban computarse a efectos del complemento por mínimos las prestaciones percibidas de una entidad extranjera, cuando por su misma naturaleza deberían tenerse en cuenta si fuesen abonadas a cargo de una entidad española.

Esa conclusión llevaría al absurdo de otorgar un tratamiento desigual e injustificado a los beneficiarios de las pensiones, en razón de que sea nacional o extranjera la entidad de las que perciben esas otras prestaciones.

## RENDA ACTIVA DE INSERCIÓN

---

**STS 29/10/2019** [Ir al texto](#)

Roj: STS 3510/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3510  
No de Recurso: 424/2017 No de  
Resolución: 742/2019

Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ  
GARCIA DE LA SERRANA

Resumen. Renta activa de inserción: el cómputo de los ingresos derivados de la tenencia de bienes inmuebles urbanos que no constituyen la vivienda habitual de la beneficiaria y no se encuentran arrendados debe hacerse aplicando al

valor catastral un porcentaje equivalente al 100 por 100 del interés legal del dinero (3'5% en el caso que nos ocupa) , y no atendiendo a la renta imputable fiscalmente a ese inmueble a efectos del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF), conforme al art. 85 de la Ley 35/2006, esto es el 1'1% del valor catastral que en el presente caso es de 21.413'64 euros.

**STS 15/10/2019** [Ir al texto](#)

Roj: STS 3657/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3657  
No de Recurso: 1145/2017  
No de Resolución: 710/2019

Ponente: MARIA LUZ GARCIA  
PAREDES

Resumen: Renta activa de inserción: para acceder a la renta actividad de inserción, deben incluirse en el cómputo de rentas de la unidad familiar las de la pareja del solicitante, con la que tiene un hijo en común que convive con ambos.

## RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE PRESTACIONES

---

**STS 10/10/2019** [Ir al texto](#)

Roj: STS 3382/2019 - ECLI:  
ES:TS:2019:3382  
No de Recurso: 2410/2017  
No de Resolución: 707/2019

Ponente: ANTONIO VICENTE  
SEMPERE NAVARRO

Resumen: Responsabilidad en el pago de prestaciones: la correspondiente Mutua colaboradora con la Seguridad Social no tiene derecho a recuperar una

parte del capital coste cuando el mismo corresponde a una incapacidad permanente total (IPT) por accidente laboral, incrementada luego en el 20% ("IPT cualificada") y que posteriormente evoluciona hacia una Incapacidad Permanente Absoluta (IPA) derivada de contingencia común.

## SEGURIDAD SOCIAL DE TRABAJADORES MIGRANTES

**STS 23/10/2019 [Ir al texto](#)**

Roj: STS 3643/2019 - ECLI:

ES:TS:2019:3643

No de Recurso: 2070/2017

No de Resolución: 731/2019

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO  
PELLICER

Resumen: Seguridad social de  
trabajadores migrantes: la actora,

pensionista de jubilación en Suiza, tiene derecho a percibir pensión de jubilación en España, a la vista del cumplimiento o del período de carencia específica exigido por la LGSS, en función de la consideración del período en el que percibió el subsidio de desempleo como un paréntesis, a efectos de determinar el período de los "quince años últimos" donde deben encontrarse los dos años cotizados de carencia específica.

La consideración del período de paro subsidiado con voluntad de permanencia en el mercado de trabajo implica que tal espacio temporal, al no computar para determinar los quince últimos años entre los que ha de concurrir la carencia específica, es un paréntesis y la fecha en que se dio comienzo a la percepción del subsidio se convierte en el momento inicial a partir del cual hay que acreditar dos años en un lapso de quince

[Accede a nuestras Revistas en la página web de nuestra asociación](#)

### Juezas y Jueces *para la* Democracia



Revista Jurisdicción Social 204 Octubre 2019

Jurisdicción Social, Publicaciones

SUMARIO • Artículos • Legislación • Negociación colectiva • Jurisprudencia • Organización Internacional del Trabajo • Administración del Trabajo y Seguridad Social  
NOVEDAD...

Revista Jurisdicción Social 203 Septiembre 2019

Jurisdicción Social, Publicaciones

SUMARIO • Artículos • Legislación • Negociación colectiva • Jurisprudencia • Organización Internacional del Trabajo • Administración del Trabajo y Seguridad...

Revista Jurisdicción Social 202 Julio 2019

Jurisdicción Social, Publicaciones

SUMARIO • Artículos • Legislación • Negociación colectiva • Jurisprudencia • Organización Internacional del Trabajo • Administración del Trabajo y Seguridad...

# JURISPRUDENCIA

Volver al inicio

## Tribunal Superior de Justicia País Vasco

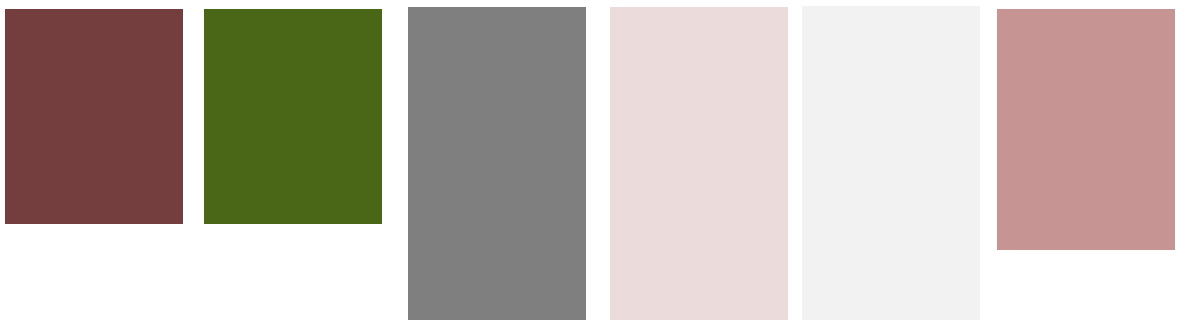


### INCAPACIDAD PERMANENTE. ADMINISTRACION PÚBLICA

**RESUMEN.** Un policía (Ertzaintza) del Departamento de Seguridad insta incapacidad permanente total para su profesión habitual, pues se le ha denegado la renovación de la licencia para conducir vehículos de motor y el departamento le ha denegado el pase a segunda actividad, precisamente porque entiende que no puede realizar las tareas esenciales de esa profesión.

La Sala acoge su recurso, entendiendo que, por Ley, se impone el respeto de la competencia del órgano autorizado para conceder o denegar tal licencia, sin que pueda obviarse su decisión en otro proceso, denegándosele la prestación por colegirse que sí que puede conducir vehículos de motor.

[Ir al texto](#)



# JURISPRUDENCIA



## Tribunal de Justicia de la Unión Europea

### DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

---

**STJUE 24/10/2019** [Ir al texto](#)

«Política social — Diálogo entre los interlocutores sociales en el ámbito de la Unión — Acuerdo titulado “Marco general de información y consulta a los funcionarios y a los empleados públicos de las administraciones dependientes de un gobierno central” — Petición conjunta de las partes firmantes para la aplicación de dicho Acuerdo a nivel de la Unión — Negativa de la Comisión a presentar una propuesta de decisión al Consejo — Recurso de anulación — Acto recurrible — Admisibilidad — Margen de apreciación de la Comisión — Autonomía de los interlocutores sociales — Principio de subsidiariedad — Proporcionalidad»

En el asunto T-310/18, European Federation of Public Service Unions (EPSU), con sede en Bruselas (Bélgica), Jan Goudriaan, con domicilio en Bruselas, Se desestima el recurso basado en el artículo 263 TFUE por el que se solicita la anulación de la Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2018 por la que se niega a presentar al Consejo de la Unión Europea una propuesta de decisión que aplique el acuerdo titulado «Marco general de información y consulta a los funcionarios y a los empleados públicos de las administraciones dependientes de un gobierno central», firmado por la Trade Union’s National and European Delegation (TUNED) y los European Public Administration Employers (EUPAE) el 21 de diciembre de 2015,

# DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

---

**STJUE 05/11/2019** [Ir al texto](#)

«Incumplimiento de Estado — Artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo — Estado de Derecho — Tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión — Principios de inamovilidad y de independencia judicial — Reducción de la edad de jubilación de los jueces de los tribunales ordinarios polacos — Posibilidad de continuar ejerciendo la función jurisdiccional una vez alcanzada la nueva edad de jubilación supeditada a la autorización del ministro de Justicia — Artículo 157 TFUE — Directiva 2006/54/CE — Artículos 5, letra a), y 9, apartado 1, letra f) — Prohibición de las discriminaciones por razón de sexo en materia de retribución, empleo y ocupación — Establecimiento de edades de jubilación diferentes para las mujeres y los hombres que desempeñan el cargo de juez en los tribunales ordinarios polacos y en el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) o el cargo de fiscal»

En el asunto C-192/18, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 258 TFUE, el 15 de marzo de 2018, Comisión Europea, representada por las Sras. A. Szmytkowska, K. Banks y C. Valero y el Sr. H. Krämer, en calidad de agentes, parte demandante, contra República de Polonia, representada por el Sr. B. Majczyna y las Sras. K. Majcher y S. Żyrek, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. W. Gontarski, avocat, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

- 1) La República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 157 TFUE y de los artículos 5, letra a), y 9, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, al establecer en el artículo 13, puntos 1 a 3, de la ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Ley por la que se modifican la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios y otras leyes), de 12 de julio de 2017, una edad de jubilación diferente para las mujeres y los hombres que desempeñan el cargo de juez en los tribunales ordinarios y en el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) o el cargo de fiscal.
- 2) La República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, al facultar al ministro de Justicia, mediante el artículo 1, punto 26, letras b) y c), de la Ley por la que se modifican la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios y otras leyes, de 12 de julio de 2017, para autorizar o denegar la prórroga del ejercicio del cargo de los jueces de los tribunales ordinarios una vez alcanzada la nueva edad de jubilación de estos, reducida por el artículo 13, punto 1, de esta misma Ley.
- 3) Condenar en costas a la República de Polonia.

# LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

---

**STJUE 13/11/2019** [Ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Libre circulación de capitales — Tributación de los fondos de pensiones — Diferencia de trato entre los fondos de pensiones residentes y los fondos de pensiones no residentes — Normativa de un Estado miembro que permite a los fondos de pensiones residentes minorar su beneficio imponible deduciendo las reservas destinadas al pago de las pensiones e imputar el impuesto recaudado sobre los dividendos al impuesto sobre sociedades — Comparabilidad de las situaciones — Justificación»

En el asunto C-641/17, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Finanzgericht München (Tribunal de lo Tributario de Múnich, Alemania), mediante resolución de 23 de octubre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de noviembre de 2017, en el procedimiento entre College Pension Plan of British Columbia y Finanzamt München Abteilung III, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

- 1) Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual los dividendos distribuidos por una sociedad residente a un fondo de pensiones residente, por una parte, están sometidos a una retención en origen que puede imputarse íntegramente al impuesto sobre sociedades de dicho fondo y dar lugar a una devolución cuando el impuesto percibido mediante retención en origen sea superior al impuesto sobre sociedades adeudado por el fondo y, por otra parte, no dan lugar a un incremento del resultado gravado por el impuesto sobre sociedades, o dan lugar únicamente a un incremento mínimo de este, debido a la facultad de deducir de dicho resultado las provisiones para hacer frente a los compromisos en materia de pensiones, mientras que los dividendos abonados a los fondos de pensiones no residentes están sujetos a una retención en origen que constituye, para estos, un gravamen definitivo, cuando el fondo de pensiones no residente destina los dividendos percibidos a la provisión de las pensiones que deberá abonar en el futuro, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente.
- 2) El artículo 64 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional en virtud de la cual los dividendos distribuidos por una sociedad residente a un fondo de pensiones residente, por una parte, están sometidos a una retención en origen que puede imputarse íntegramente al impuesto sobre sociedades de dicho fondo y dar lugar a una devolución cuando el impuesto percibido mediante retención en origen sea superior al impuesto sobre sociedades adeudado por el fondo y, por otra parte, no dan lugar a un incremento del resultado gravado por el impuesto sobre sociedades, o dan lugar únicamente a un incremento mínimo de este, debido a la facultad de deducir de dicho resultado las provisiones para hacer frente a los compromisos en materia de pensiones, mientras que los dividendos abonados a los fondos de pensiones no residentes están sujetos a una retención en origen que constituye, para estos, un gravamen definitivo, no puede considerarse una restricción que existía el 31 de

diciembre de 1993 a efectos de la aplicación de la citada disposición del Tratado FUE.

## LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

---

**STJUE 24/10/2019** [Ir al texto](#)

Procedimiento prejudicial — Libre circulación de los trabajadores — Igualdad de trato — Impuesto sobre la renta — Legislación nacional — Exención fiscal para las prestaciones concedidas a personas con discapacidad — Prestaciones recibidas en otro Estado miembro — Exclusión — Diferencia de trato»

En el asunto C-35/19, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal de première instance de Liège (Tribunal de Primera Instancia de Lieja, Bélgica), mediante resolución de 7 de enero de 2019, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de enero de 2019, en el procedimiento entre BU y État belge, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, sin establecer justificación alguna al efecto, —extremo que, no obstante, corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente— dispone que la exención fiscal aplicable a las prestaciones para personas con discapacidad está supeditada a la condición de que dichas prestaciones sean pagadas por un organismo del Estado miembro de que se trata, por lo que excluye de la exención las prestaciones de la misma naturaleza pagadas por otro Estado miembro, siendo así que el beneficiario de esas prestaciones reside en el Estado miembro de que se trata.

## TIEMPO DE TRABAJO

---

**STJUE 19/11/2019** [Ir al texto](#)

«Procedimiento prejudicial — Política social — Artículo 153 TFUE — Disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo — Directiva 2003/88/CE — Artículo 7 — Derecho a un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas — Artículo 15 — Disposiciones nacionales y convenios colectivos más favorables para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Trabajadores en situación de baja por enfermedad durante un período de vacaciones anuales retribuidas — Negativa a aplazar esas vacaciones cuando la falta de aplazamiento no se traduce en una reducción de la duración efectiva de las vacaciones anuales retribuidas por debajo de cuatro semanas — Artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Inaplicabilidad cuando no se trata de una situación de aplicación del Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales»

En los asuntos acumulados C-609/17 y C-610/17, que tienen por objeto dos peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el työtuomioistuin (Tribunal de Trabajo, Finlandia), mediante sendas resoluciones de 18 de octubre de 2017, recibidas en el Tribunal de Justicia el 24 de octubre de 2017, en los procedimientos entre Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry y Hyvinvointialan liitto ry. EL Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a normativas nacionales y a convenios colectivos que prevén la concesión de días de vacaciones anuales retribuidas que exceden del período mínimo de cuatro semanas establecido en dicha disposición, y que, al mismo tiempo, excluyen el aplazamiento de esos días de vacaciones en caso de enfermedad.
- 2) El artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 51, apartado 1, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no resulta aplicable cuando se trata de tales normativas nacionales y convenios colectivos.

#### **STJUE 21/11/2019 [Ir al texto](#)**

Procedimiento prejudicial — Reglamento (CE) n.º 561/2006 — Transportes por carretera — Disposiciones sociales — Vehículos utilizados para la entrega de envíos en el marco del servicio postal universal — Excepciones — Vehículos parcialmente utilizados para dicha entrega — Directiva 97/67/CE — Artículo 3, apartado 1 — “Servicio universal” — Concepto»

En los asuntos acumulados C-203/18 y C-374/18, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo del Land de Renania del Norte-Westfalia, Alemania) (C-203/18), mediante resolución de 21 de febrero de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de marzo de 2018, y por el Landgericht Köln (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania) (C-374/18), mediante resolución de 22 de mayo de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de junio de 2018, en los procedimientos entre Deutsche Post AG, Klaus Leymann

l Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

- 1) Una disposición de Derecho nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reproduce literalmente el artículo 13, apartado 1, letra d), del Reglamento (CE) n.º 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 3821/85 y (CE) n.º 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 3820/85 del Consejo, en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 165/2014 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 4 de febrero de 2014, en la medida en que se aplica a los vehículos cuya masa máxima autorizada es superior a 2,8 toneladas, pero inferior o igual a 3,5 toneladas, y que, por tanto, no están incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 561/2006, en su versión modificada por el Reglamento 165/2014, debe interpretarse exclusivamente sobre la base del Derecho de la Unión, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, cuando dicha disposición haya sido declarada aplicable a esos vehículos por el Derecho nacional de manera directa e incondicional.

- 2) El artículo 13, apartado 1, letra d), del Reglamento n.º 561/2006 debe interpretarse en el sentido de que la excepción que establece solo se aplica a los vehículos o conjuntos de vehículos utilizados exclusivamente, durante un determinado transporte, para la entrega de envíos en el marco del servicio postal universal.
- 3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, en su versión modificada por la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, debe interpretarse en el sentido de que los servicios adicionales, como la recogida con o sin franjas horarias, la comprobación de la edad, el envío contrarreembolso, el envío a portes debidos hasta 31,5 kilogramos, el reenvío a otro destino, la elección previa de actuación en caso de envío fallido, así como la elección de la fecha o la hora de entrega, incluidos en un envío impiden considerar que dicho envío se ha realizado en el marco del «servicio universal» con arreglo a dicha disposición y que, por tanto, se ha entregado «en el marco del servicio universal» a efectos de la aplicación de la excepción prevista en el artículo 13, apartado 1, letra d), del Reglamento n.º 561/2006, en su versión modificada por el Reglamento n.º 165/2014.

[Accede a nuestro Blog con todas las novedades más relevantes en el ámbito laboral](#)

**Jurisdicción Social**  
Blog de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia

JJpD Revista Jurisdicción Social Newsletter Artículos Novedades legislativas Jurisprudencia Comunicados Actividades Enlaces

Blog de la Comisión Social de Juezas y Jueces para la Democracia

## Juezas y Jueces *para la* Democracia

Bienvenidas/os al Blog de la Comisión Social de Juezas y Jueces para la Democracia, un espacio para compartir novedades legislativas, análisis, informes y estudios de actualidad social, así como una selección de la más interesante y novedosa jurisprudencia de ámbito nacional y europeo.

Tratamos de facilitar el acceso a nuestros contenidos y publicaciones.

Si además quieres recibir nuestro newsletter o necesitas información, contacta con nosotros [jjpd@juecesdemocracia.es](mailto:jjpd@juecesdemocracia.es)

Esperamos que os sea de utilidad.

Publicado por JpD Comisión Social en 11:43

# JURISPRUDENCIA

## Tribunal Europeo de Derechos Humanos



### LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN

**STEDH 31/10/2019.** *Caso PAPAGEORGIU y otros c. Grecia* [Ir al texto](#)

Resumen: Libertad de pensamiento, conciencia y religión (art.9 CEDH).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 2 del Protocolo n.º 1 (derecho a la educación) del Convenio Europeo sobre derechos humanos, interpretados a la luz del artículo 9 (libertad de pensamiento, conciencia y la religión).

El caso se refiere a la educación religiosa obligatoria en las escuelas griegas.

El Tribunal destaca que las autoridades no tienen derecho a obligar a las personas a revelar sus creencias. Sin embargo, el sistema de exención de las clases de religión actualmente en vigor en Grecia obliga a los padres a declarar solemnemente que sus hijos no son cristianos ortodoxos.

Esta regla exige de forma indebida que los padres revelen información de la que es

posible inferir que ellos y sus hijos pertenecen, o no pertenecen, a tal o cual religión.

Además, es probable que dicho sistema disuada a los padres de solicitar la exención, especialmente en el caso de personas como los solicitantes que viven en una pequeña isla donde la gran mayoría de la población es de una religión en particular y el riesgo de estigmatización es significativamente mayor.

### LIBERTAD DE EXPRESIÓN

**STEDH 05/11/2019.** *Caso Herbai c. Hungría* [Ir al texto](#)

Resumen: Libertad de expresión (art.10 CEDH). Violación existente. .

El caso trata sobre el despido del demandante de su puesto en el Departamento de Recursos Humanos de un banco porque colaboraba en un sitio web dedicado a cuestiones de recursos humanos.

En particular, el Tribunal determinó que los tribunales nacionales no ponderaron proporcionalmente el derecho del solicitante a la libertad de expresión y el

derecho del banco a la protección de sus legítimos intereses comerciales.

El TEDH sostiene que los artículos sobre temas interesantes para un público profesional se hallan bajo el amparo de la libertad de expresión, simplemente porque forman parte de un debate general de interés público

El demandante afirma que los artículos que escribió para el sitio web estaban dedicados a asuntos de interés profesional y público en lo que respecta a las modificaciones legislativas sobre el impuesto sobre la renta, pero de una forma general y no en relación concreta con su empleador. Pero ello, los tribunales han ignorado la violación de su derecho a la libertad de expresión

El Gobierno considera que los artículos no estaban protegidos la libertad de expresión. ya que no contribuyeron a un debate sobre una cuestión de interés público. En cualquier caso el Tribunal Constitucional resolvió conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Europeo

El TEDH considera que debe examinar si los tribunales han ponderado libertad de expresión del demandante en el contexto de su relación profesional, con el derecho del empleador a la protección de sus intereses comerciales.

El TEDH señala cuatro elementos en cuanto al alcance de las posibles restricciones a la libertad de expresión en el contexto profesional: la naturaleza de los comentarios; la intención del autor; el daño resultante y la severidad de la sanción.

En primer lugar, el Tribunal considera, al contrario que el Tribunal Constitucional, que los comentarios en cuestión, estaban dirigidos a un público profesional, y están protegidos por la libertad de expresión puesto que revisten los caracteres de una discusión o debate sobre asuntos de interés público.

En segundo lugar, si bien los comentarios motivados por conflictos o controversias personales no pueden gozar de un alto nivel de protección, el Tribunal señala que los

tribunales nacionales no han visto ninguna intención de ese tipo en las manifestaciones del demandante

El TEDH hace suya la tesis del demandante, en el sentido de que las cuestiones planteadas en el sitio web estaban relacionadas con una profesión y tenían por objetivo compartir conocimiento. Con respecto a la tercera cuestión, el TEDH observa que los tribunales nacionales se han centrado en cuestión del daño potencial a los intereses comerciales legítimos del banco y en la posibilidad de que el demandante divulgue información comercial confidencial. Pero mientras la legislación interna dota al empleador de cierta libertad para determinar qué comportamientos pueden afectar negativamente a la relación laboral sin que se evidencie claramente la existencia de un daño, ni el empresario ni los tribunales internos han tratado de demostrar en qué extremos las manifestaciones del demandante habían podido causar perjuicio alguno al banco.

Sobre la última cuestión, está claro que el solicitante sufrió una sanción grave porque perdió su trabajo sin que se tomara en consideración la posibilidad de adoptar medidas menos intrusivas o injerentes.

Por lo tanto, el TEDH no aprecia que se haya producida una verdadera ponderación de los intereses en liza, desde el momento en que los tribunales superiores han concluido que no se hallaba en juego la libertad de expresión del Sr. Herbai o bien que no tenía el suficiente peso.

El resultado del litigio laboral se basó exclusivamente en consideraciones contractuales entre el banco y el trabajador, privando a este último de toda garantía de la libertad de expresión.

El Tribunal concluye que las autoridades nacionales no han demostrado de manera convincente que la desestimación de la demanda de despido del Sr. Herbai se basara en una justa ponderación de los intereses en conflicto, por lo que concluye que hubo violación del art.10 CEDH.

# ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO



## OIT NEWS

La OIT inaugura un nuevo portal estadístico [Ir al texto](#)

El sitio web de la OIT dispone ahora de una nueva página que proporciona gran cantidad de datos laborales. Esta herramienta es esencial para quienes realizan estudios sobre el trabajo, y para periodistas y expertos que deseen producir sus propios datos, pero también será de utilidad para el público en general.

[ACCEDE AQUÍ AL NUEVO PORTAL ESTADÍSTICO : ILOSTAT](#)

Mi padre, trabajador migrante [Ir al texto](#)

El dinero enviado por los trabajadores migrantes a sus seres queridos en su país de origen apoya a sus familias y a la economía en general. Para el funcionario de la OIT, Asmi Mustafa, las remesas lo ayudaron a realizar sus sueños.

100 años de protección de la maternidad: Transformar las políticas relativas a las licencias y el cuidado para todos

[Ir al texto](#)

El trabajo infantil y la trata de personas siguen siendo motivo de importante preocupación en las cadenas mundiales de suministro [Ir al texto](#)

Un nuevo informe pone de manifiesto las difíciles condiciones de trabajo de los trabajadores del sector del saneamiento

[Ir al texto](#)

Convenio núm. 1: Un hito en materia de derechos de los trabajadores

[Ir al texto](#)

[\*\*Discapacidad – Razones por las que su opinión es importante\*\*](#)

22 de noviembre de 2019

Ninguna persona con discapacidad desea que se le juzgue por lo que no es. Queremos que se nos valore por nuestra forma de trabajar, por ser quiénes somos. [Ir al texto](#)

Más de 500.000 millones de dólares anuales: Cifra necesaria para garantizar un nivel mínimo de protección social en todo el mundo

Un nuevo informe de la OIT pone de manifiesto déficits de financiación cruciales en la protección social, y ofrece recomendaciones para las políticas, respecto de las formas de solucionarlos. [Ir al texto](#)



# ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

## MINISTERIO EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social financiará la extra de las pensiones con el incremento de los ingresos por cotizaciones. [Ir al texto](#)

El Ministerio de Trabajo elabora un plan Nacional de Trabajo Autónomo incorporando variables territoriales. [Ir al texto](#)

## CALENDARIO ESTADÍSTICO

Índices de precios de exportación y de importación de productos industriales [Ir a texto](#)

[EPC. Estadística de procedimiento concursal](#)

[IPI. Índices de producción industrial](#)

Indicadores de Demografía Empresarial [Ir al texto](#)

En España operaron 3.563.816 empresas en 2016, un 2,3% más que en el año anterior

En 2016 se crearon 366.362 empresas y desaparecieron 316.425, lo que supuso una tasa neta de crecimiento del 1,4%

El stock de empresas que operaron en España durante el año 2016 fue de 3.563.816, un 2,3% más que en 2015. Se entiende por stock al conjunto de empresas activas durante todo el año o parte de él.

El 57,4% de este stock correspondió a empresas del sector Resto de servicios, un 23,7% a Comercio, un 12,8% a Construcción y el restante 6,0% a Industria.

El número de empresas que se crearon en 2016 fue superior al de las que desaparecieron en 49.937 unidades.

La tasa de nacimientos de empresas (cociente entre las creadas y el stock) fue del 10,3%. Por su parte, la tasa de muertes fue del 8,9%. Como resultado, la tasa de crecimiento neto fue del 1,4%.

Por sectores, Resto de servicios fue el único con tasa neta de crecimiento positiva (2,6%).

# CARTA SOCIAL EUROPEA: ARTÍCULOS Y JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES



Digesto de la carta social europea 2018. Partes I, II, III, IV.

Traducido por **Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH**  
Magistrado especialista del Orden Social. Doctor en Derecho

## ARTÍCULO 2 CSE Derecho a unas condiciones de trabajo justas

"Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo justas".

### 2.1.- Tiempo de trabajo

**2.1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo justas, las Partes se comprometen a fijar una jornada razonable diaria y semanal, reduciéndose progresivamente la jornada semanal siempre que se incremente la productividad y que lo permitan los demás factores en liza.**

El artículo 2§1 garantiza a los trabajadores el derecho a una duración razonable de la jornada diaria y semanal. Su propósito es proteger la salud y la seguridad de los trabajadores<sup>1 2</sup>

Con este fin, una jornada de trabajo razonable, incluidas las horas extraordinarias, debe garantizarse por ley, reglamento, convenios colectivos o cualquier otro

<sup>1</sup> Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 2§1

<sup>2</sup> Confédération Générale du Travail (CGT) c. Francia, reclamación n°22/2003, decisión sobre el fondo de 7 diciembre de 2004, §34

instrumento vinculante. La autoridad competente debe velar por estas medidas para garantizar que no se superen las jornadas máximas<sup>3</sup>.

La Carta no define expresamente qué es una jornada razonable de trabajo. Por lo tanto, el Comité valora las situaciones caso por caso: es demasiado larga una jornada de hasta 16 horas en un solo día<sup>4 5</sup> o, bajo ciertas condiciones, 60 horas por semana<sup>6</sup> es contrario a la Carta. Las horas máximas de trabajo deben aplicarse a todas las categorías de trabajadores y solo pueden superarse en situaciones que van más allá de lo que puede considerarse como circunstancias excepcionales (es decir, desastres naturales, fuerza mayor)<sup>7</sup>.

La provisión de horas extras no debe dejarse a la sola discreción del empleador o trabajador. Las razones de estas horas y su duración deben ser reguladas<sup>8</sup>.

El artículo 2§1 también prevé la reducción progresiva de las horas semanales de trabajo en la medida en que lo permitan los aumentos de productividad y otros factores relevantes. Estos "otros factores" pueden incluir la naturaleza del trabajo y los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. Además, la generalización de un tiempo de trabajo semanal de menos de cuarenta horas ha reducido, en gran medida, la necesidad de acortar la semana laboral<sup>9</sup>.

Las medidas de flexibilidad para el tiempo de trabajo no son, como tales, contrarias a la Carta. Para ajustarse a la Carta, las leyes o regulaciones nacionales deben cumplir con tres criterios:

Prohibir las jornadas de trabajo diarias o semanales que sean irrazonables. Las jornadas máximas diarias y semanales citadas anteriormente no deben superarse en ningún caso.

**Las medidas de flexibilidad para el tiempo de trabajo no son, como tales, contrarias a la Carta.** Para ajustarse a la Carta, las leyes o regulaciones nacionales deben **cumplir con tres criterios**<sup>10</sup>:

(i) Prohibir las jornadas de trabajo diarias o semanales que sean irrazonables. Las jornadas máximas diarias y semanales citadas anteriormente no deben superarse en ningún caso.

---

<sup>3</sup> Conclusiones I (1969), Observación interpretativa del artículo 2§1

<sup>4</sup> Conclusiones XIV-2 (1998), Noruega

<sup>5</sup> Conclusiones (2014), Armenia

<sup>6</sup> Conclusiones (2014), Holanda

<sup>7</sup> Conclusiones (2014), Holanda

<sup>8</sup> Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 2§1

<sup>9</sup> Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 2§1

<sup>10</sup> Confédération Française de l'Encadrement CFE-CGC c. Francia, reclamación n° 9/2000, decisión sobre el fondo 16 noviembre 2001, §§ 29 a 38

(ii) Establecerlas mediante un marco jurídico que prevea garantías adecuadas que delimiten claramente el margen de maniobra dejado a los empleadores y empleados para modificar por convenio colectivo las horas de trabajo. Este marco jurídico debe ser aún más preciso cuando los convenios colectivos puedan celebrarse a nivel de la empresa<sup>11</sup>.

(iii) Debe proporcionar períodos de referencia razonables para calcular el promedio de horas de trabajo. Los períodos de referencia no deben exceder de seis meses<sup>12</sup>. En circunstancias excepcionales, pueden ser de hasta un año, siempre que se justifique por motivos objetivos o técnicos o por razones relacionadas con la organización del trabajo<sup>13</sup>. Los trabajadores que hayan aceptado fórmulas de flexibilidad sujetas a largos períodos de referencia (es decir, un año) no deben estar sujetos a horarios de trabajo irracionales ni obligados a realizar un número excesivo de jornadas semanales extensas<sup>14</sup>.

Los períodos de guardia durante los cuales el empleado no ha sido llamado a prestar servicios al empleador, si no constituyen un tiempo de trabajo real, sin embargo, no pueden ser tratados, sin limitación, como un período de descanso en el sentido del artículo 2 de la Carta. La ausencia de trabajo efectivo, comprobada *a posteriori*, por un período de tiempo del cual el empleado no pudo disponer libremente *a priori*, no constituye criterio suficiente para asimilar este período a un período de descanso, se trate de un tiempo de servicio en el lugar de trabajo o de retén en el domicilio<sup>15 16</sup>.

## 2.2.- Derecho a festivos retribuidos

### 2.2. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo justas, las Partes se comprometen a conceder días festivos retribuidos.

El artículo 2§2 garantiza el derecho a días festivos retribuidos, además del descanso semanal y las vacaciones anuales. Tales festivos pueden estar previstos por ley o por convenios colectivos.

La Carta no especifica cuántos festivos debe haber. El número de días festivos varía según los Estados partes. No se ha adoptado ninguna conclusión de incumplimiento basada en que un Estado conceda muy pocos días festivos.

---

<sup>11</sup> Conclusión XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 2§1

<sup>12</sup> Conclusión XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 2§1

<sup>13</sup> Conclusiones XIX-3 (2010), Espagne

<sup>14</sup> Conclusiones XX-3 (2014), Allemagne

<sup>15</sup> Confédération générale du travail (CGT) c. Francia, reclamación nº 55/2009, decisión sobre el fondo de 23 junio 2010 §§64-65

<sup>16</sup> Confédération Française de l'Encadrement CFE-CGC c. Francia, reclamación nº 16/2003, decisión sobre el fondo de 12 octubre 2004, §§50-53

La regla debe ser la prohibición del trabajo en días festivos. Sin embargo, puede trabajarse en días festivos en circunstancias específicas previstas por ley o por convenios colectivos<sup>17</sup>.

El trabajo realizado en días festivos implica para la persona que lo realiza una restricción que debe ser compensada. Dada la multiplicidad de enfoques adoptados por diferentes países con respecto a las formas y niveles de esta compensación y la falta de convergencia en el tema entre países, el Comité considera que los Estados Partes gozan de margen de apreciación en este punto, siempre que todos los empleados reciban una compensación adecuada cuando se les exija trabajar en día festivo<sup>18</sup>.

Para valorar si la compensación por el trabajo realizado en días festivos es suficiente, se tienen en cuenta los niveles de compensación previstos, en términos de aumento salarial y / o descanso compensatorio, en los diversos convenios colectivos vigentes, además de la retribución correspondiente a las vacaciones, ya sea en cálculo diario, semanal o mensual<sup>19</sup>. Así, por ejemplo, una compensación correspondiente al salario regular más el 75% no constituye un nivel adecuado de compensación por el trabajo realizado en un día festivo<sup>20</sup>.

### **2.3 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones justas de trabajo, las Partes se comprometen a garantizar unas vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas**

Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones justas de trabajo, las Partes se comprometen a garantizar unas vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas.

Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones justas de trabajo, las Partes se comprometen a garantizar unas vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas.

El artículo 2§3 garantiza el derecho a un mínimo de cuatro semanas (o 20 días hábiles) de vacaciones anuales retribuidas.

El disfrute de las vacaciones anuales puede estar sujeto a la expiración de los doce meses de trabajo por los cuales se deben.

Las vacaciones anuales no pueden ser reemplazadas por una indemnización y los trabajadores no pueden renunciar a sus vacaciones anuales<sup>21</sup>. Sin embargo, esta regla no impide que, en caso de terminación de la relación laboral, el empleado reciba una

---

<sup>17</sup> Conclusiones 2014, Pays-Bas

<sup>18</sup> Conclusiones 2014, Andorra

<sup>19</sup> Conclusiones 2014, Francia

<sup>20</sup> Conclusiones XIX-4 (2014), Grecia

<sup>21</sup> Conclusiones I (1969), Irlanda

indemnización compensatoria correspondiente al permiso de vacaciones al que tenía derecho pero que no disfrutó<sup>22</sup>.

Deben tomarse al menos dos semanas ininterrumpidas de vacaciones anuales durante el año en que vencen. Las vacaciones anuales pueden, más de dos semanas, posponerse en circunstancias particulares definidas por la ley interna, en la medida en que puedan justificar este informe<sup>23</sup>.

En caso de enfermedad o accidente durante las vacaciones anuales, el trabajador tiene el derecho - eventualmente bajo condición de aportar certificado médico-, de tomarse los días libres correspondientes en una fecha posterior para beneficiarse de las cuatro semanas de vacaciones pagadas proporcionadas por la Carta<sup>24</sup>.

**2.4 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones justas de trabajo, las Partes se comprometen a eliminar los riesgos inherentes a profesiones peligrosas o insalubres y, cuando dichos riesgos aún no se hayan eliminado o se hayan reducido lo suficiente, a proporcionar a los trabajadores empleados en tales profesiones una reducción de las horas de trabajo o vacaciones adicionales retribuidas.**

La Carta de 1961 se redactó en un momento en que las jornadas de trabajo eran más largas y las políticas de salud y seguridad en el trabajo no tenían como objetivo principal prevenir y eliminar el riesgo, sino compensarlo. Desde entonces, las jornadas diaria y semanal han disminuido en general y, sobre todo, la prevención se ha convertido en la prioridad plasmándose a menudo en la reducción del tiempo de exposición al mínimo considerado como no peligroso para la salud de los trabajadores

La Carta Revisada toma nota de esta evolución al prever un artículo 2§4 en dos vertientes: una que obliga a los Estados Partes a tomar las medidas necesarias para eliminar los riesgos y la otra que les obliga a tomar medidas de compensación en tiempo en caso de riesgos residuales.

Este desarrollo garantiza la coherencia con el artículo 3 (derecho a la salud y la seguridad en el trabajo) y el artículo 11 (derecho a la protección de la salud)<sup>25</sup>

#### Obligación de eliminar riesgos.

La primera parte del Artículo 2§4 obliga a los Estados Partes a eliminar los riesgos inherentes a las profesiones peligrosas o insalubres. Este componente corresponde al Artículo 3 de la Carta (derecho a la salud y seguridad en el trabajo, ver más abajo). La evaluación de las situaciones nacionales en virtud del Artículo 2§4 tiene en cuenta la información presentada y la conclusión adoptada en virtud del Artículo 3§2<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Conclusiones I (1969), Observación interpretativa del art. 2§3

<sup>23</sup> Conclusiones 2007, Observación interpretativa del art. 2§3

<sup>24</sup> Conclusiones XII-2 (1992), Observación interpretativa del art. 2§3

<sup>25</sup> Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Grecia, reclamación n° 30/2005, decisión sobre el fondo de 6 diciembre 2006, §232-236

<sup>26</sup> Conclusiones 2005, Observación Interpretativa del art. 2§4

### Medidas a tomar en caso de riesgos residuales

La segunda parte del Artículo 2§4 obliga a los Estados Partes a establecer medidas compensatorias cuando se exponga a los trabajadores a riesgos que no pueden o no han podido ser aún eliminados o reducidos suficientemente, a pesar de la efectiva aplicación de las medidas de prevención mencionadas anteriormente o en ausencia de su aplicación.<sup>27 28</sup>

Los Estados Partes gozan de cierto margen de apreciación para determinar las actividades y los riesgos en cuestión<sup>29 30</sup>. Deben al menos contemplar los sectores y ocupaciones que sean manifiestamente peligrosas o insalubres, como la minería, las canteras y las acerías y astilleros, actividades que exponen a los trabajadores a radiaciones ionizantes<sup>31</sup>, temperaturas extremas o ruido<sup>32</sup>.

El propósito de las medidas de compensación es proporcionar a los trabajadores afectados un alivio adecuado y regular del estrés o un tiempo de recuperación de la fatiga<sup>33</sup> que les permita mantener la atención<sup>34</sup>.

El artículo 2§4 menciona dos formas de compensación: la reducción de las horas de trabajo o la concesión de vacaciones pagadas adicionales. Sin embargo, dado el enfoque de esta disposición en los objetivos de salud y seguridad, otras fórmulas para reducir la exposición al riesgo también pueden garantizar el cumplimiento de la Carta<sup>35</sup>. Deben valorarse caso por caso.<sup>36</sup>

Por ejemplo, una disposición que establezca que "la exposición de los trabajadores a agentes que, como la radiación, crean peligros o riesgos para la seguridad o la salud se reducirá a un nivel tal que no comporte peligro ni riesgo para la seguridad, la salud o la salud reproductiva de los trabajadores", cumple con el artículo 2§4<sup>37</sup>.

Al contrario, bajo ninguna circunstancia puede considerarse la compensación financiera como una medida pertinente y apropiada para lograr los objetivos del Artículo 2§4,<sup>38</sup> como tampoco la jubilación anticipada<sup>39</sup>, o la concesión de alimentos adicionales<sup>40</sup>

<sup>27</sup> Conclusiones XII-1 (1991), Reino Unido

<sup>28</sup> Conclusiones XX-3 (2014) Alemania

<sup>29</sup> Conclusiones II (1971), Observación interpretativa del art. 2§4

<sup>30</sup> STTK ry et Tehy ry c. Finlande, reclamación n° 10/2000, decisión sobre el fondo de 17 octubre 2001, §20

<sup>31</sup> STTK ry et Tehy ry c. Finlande, reclamación n° 10/2000, decisión sobre el fondo de 17 octubre 2001, §27

<sup>32</sup> Conclusiones XIV-2 (1998), Noruega

<sup>33</sup> Conclusiones V (1977), Observación interpretativa del art. 2§4

<sup>34</sup> Conclusiones III (1973), Irlanda

<sup>35</sup> Conclusiones 2005, Observación interpretativa del art. 2§4

<sup>36</sup> Fondation Marangopulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Grecia, reclamación n° 30/2005, decisión sobre el fondo de 6 diciembre 2006, §236

<sup>37</sup> Conclusiones 2014, Finlandia

<sup>38</sup> Conclusiones XIII-3 (1995) Grecia

<sup>39</sup> Conclusiones 2003, Bulgaria

Las medidas de compensación, como conceder un día libre adicional o limitar las horas semanales de trabajo a 40 horas se consideraron inapropiadas porque no proporcionan a los trabajadores expuestos a los riesgos el tiempo suficiente para recuperarse<sup>41</sup>.

Las medidas de compensación para los trabajadores expuestos a riesgos residuales deben tomarse de manera centralizada y no pueden ser objeto de acuerdos entre los interlocutores sociales<sup>42</sup>

**2.5 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones justas de trabajo, las Partes se comprometen a garantizar un descanso semanal que coincida en la medida de lo posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por tradición o usos del país o región.**

El artículo 2§5 garantiza el derecho a un descanso semanal que coincida, en la medida de lo posible, con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición o las costumbres del país o región.

Aunque el descanso debe ser "semanal", puede posponerse a la semana siguiente, entendiéndose que pueden trabajarse como máximo doce días hábiles consecutivos antes de disfrutar de dos días de descanso

Las excepciones a esta regla pueden ser conformes con el Artículo 2§5 cuando el aplazamiento sea realmente excepcional y está rodeado de garantías estrictas (por ejemplo, la autorización de la Inspección de Trabajo y el acuerdo del sindicato o el representante de los empleados según sea el caso, o la posibilidad de que el delegado de seguridad actúe si el empleador no cumple con las regulaciones pertinentes)<sup>43</sup>.

El descanso semanal es un derecho que no puede ser reemplazado por una compensación y no se debe permitir que un trabajador lo renuncie.

Sin embargo, puede que no se descanse el día tradicional, ya sea cuando la naturaleza de la actividad lo requiera o por que lo exijan circunstancias económicas concretas. En todos estos casos, el descanso deberá posponerse a otro día de la semana<sup>44</sup>.

Los períodos de guardia durante los cuales el empleado no ha sido llamado a trabajar no pueden, sin límite alguno, considerarse como un período de descanso semanal<sup>45</sup>.

**2.6 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones justas de trabajo, las Partes se comprometen a garantizar que los trabajadores estén informados por escrito lo antes posible y, en cualquier caso, a más tardar dos meses después el comienzo de su empleo de los aspectos esenciales del contrato o la relación laboral.**

---

<sup>40</sup> Conclusiones 2007, Rumanía

<sup>41</sup> Conclusiones XX-3 (2014), Grecia

<sup>42</sup> Conclusiones 2014, Holanda

<sup>43</sup> Conclusiones 2010, Roumanie ; Conclusiones 2014, Suède ; Conclusiones XX-3 (2014) Danemark

<sup>44</sup> Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del art. 2§5

<sup>45</sup> Confédération Générale du travail (CGT) c. Francia, Reclamación n°22/2003, decisión sobre el fondo de 7 diciembre 2004, §35-39

Anexo: Las Partes pueden estipular que esta disposición no se aplique:

A los trabajadores con un contrato o relación laboral cuya duración total no exceda un mes y / o cuyas horas de trabajo semanales no excedan las ocho horas; cuando el contrato o la relación laboral es ocasional y / o particular, siempre que, en esos casos, razones objetivas justifiquen la no aplicación.

El artículo 2§6 garantiza el derecho de los trabajadores a la información escrita al comienzo de su empleo. Esta información puede aparecer en el contrato de trabajo u otro documento<sup>46</sup>.

Esta información debe al menos cubrir los aspectos esenciales de la relación o contrato de trabajo, es decir, los siguientes aspectos:

- la identidad de las partes;
- el lugar de trabajo;
- la fecha de inicio del contrato o relación laboral;
- en el caso de un contrato o una relación laboral temporal,
- la duración previsible del contrato o relación laboral;
- la duración de las vacaciones pagadas;
- la duración de los períodos de preaviso en caso de rescisión del contrato o relación laboral;
- la remuneración;
- la jornada diaria o semanal normal del trabajador;
- en su caso, la referencia a los convenios colectivos y / o convenios colectivos que rigen las condiciones de trabajo del trabajador<sup>47</sup>.

**2.7 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones justas de trabajo, las Partes se comprometen a garantizar que los trabajadores nocturnos disfruten de medidas que tengan en cuenta la naturaleza especial de este trabajo.**

El Artículo 2§7 asegura que los trabajadores nocturnos sean compensados. La legislación o práctica nacional debe definir el concepto de "trabajo nocturno" en el sentido de esta disposición, es decir, cuál es el período considerado como "nocturno" y que puede calificarse como "trabajador nocturno"<sup>48</sup>.

Las medidas que tienen en cuenta la naturaleza especial del trabajo nocturno deben incluir como mínimo:

exámenes médicos periódicos, acompañados de un chequeo antes de la asignación a un turno nocturno; oportunidades para la transición al trabajo diurno; la consulta permanente de los representantes de los trabajadores sobre el uso del trabajo nocturno, las condiciones de su ejercicio y las medidas adoptadas para conciliar los requisitos de los trabajadores y la naturaleza particular del trabajo nocturno<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Conclusiones 2014, República de Moldavia

<sup>47</sup> Conclusiones 2003, Bulgaria

<sup>48</sup> Conclusiones 2014, Bulgaria