



## CIRCULAR LABORAL 13/2020

13 de abril de 2020

### **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: ABRIL 2020.**

---

#### **1. TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Improcedente por defectos formales el despido objetivo cuando la transferencia de la indemnización se efectúe en fecha posterior a la notificación de la comunicación del despido**

Recuerda el Tribunal Supremo que una cosa es que se haga la transferencia antes de la comunicación del despido y el pago llegue al trabajador en una fecha posterior a la comunicación de la decisión extintiva (lo cual es perfectamente lícito) y otra distinta, como sucede en este caso, donde se ha acreditado que la transferencia se hizo en fecha posterior a la notificación del despido, lo cual convierte al despido en improcedente.

El caso concreto que resuelve la sentencia que comentamos es el de una trabajadora que con fecha 9.03.2015 recibe carta de despido de la empresa por causas objetivas.

La empresa abonó a la trabajadora (que tenía la reducción de jornada por guarda legal por cuidado de hijo y por ello finalmente se determina la nulidad de su despido) la indemnización por despido fijada en la carta extintiva mediante transferencia bancaria realizada con fecha valor y fecha de operación de 10.03.2015. Es decir, un día después de la efectiva notificación extintiva.

Todas las instancias previas declaran la nulidad del despido (al tener la reducción de jornada por guarda legal, no cabe la declaración de improcedencia) al realizarse la transferencia un día después que la comunicación del despido.

Ello también es confirmado por el TS que de forma resumida viene a indicar lo siguiente:

- Es perfectamente lícito el pago mediante transferencia bancaria de la indemnización correspondiente al despido objetivo. Ahora bien, la transferencia debe realizarse el mismo día (es factible también realizarla días antes) que la comunicación de la decisión extintiva.
- Es lícito que el importe llegue a la cuenta bancaria del trabajador días después de recibir la comunicación del despido, siempre y cuando la empresa pueda acreditar que ha realizado la transferencia el mismo día del despido (o bien unos días antes).
- Lo que convierte al despido en improcedente (o nulo, como en este caso, al tratarse de un supuesto blindado) es realizar la transferencia en un momento posterior al del despido.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 21 de enero de 2020.**

## **2. TRIBUNAL SUPREMO**

### **Plazo de caducidad en aquellos casos de despidos comunicados vía burofax.**

El "*dies a quo*" para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de despido, cuando la empresa notifica la carta de despido a través de burofax y este no puede ser entregado al trabajador, no puede ser la fecha en la que Correos deja el aviso para la retirada del burofax, sino el día en el que efectivamente el trabajador retira el burofax, para lo que cuenta con el plazo de 30 días desde que Correos dejó el aviso.

El Supremo justifica su tesis en que como la empresa tiene libertad para elegir el medio de comunicación de la carta de despido (entrega en mano, correo certificado con acuse de recibo, conducto notarial, burofax...), si opta por uno de ellos se deben aplicar las reglas que rigen el medio de comunicación elegido, en este caso el burofax.

Y la notificación por burofax se rige por lo establecido en el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, que respecto a los supuestos en que no se encuentra al destinatario en su domicilio dispone que se le dejará aviso haciendo constar la identificación del remitente y que tiene **un mes para retirar el envío de las oficinas de Correos**.

Por eso, no había caducado la acción para impugnar el despido cuando el trabajador pasó a recoger el burofax cuando aún no habían transcurrido esos 30 días que dice la normativa.

No se trata de valorar si el destinatario se negó a recibir la carta de despido, ni si realizó maniobras dilatorias, ni si actuó con mala fe, sino de aplicar las normas propias del medio de comunicación elegido por la empresa, en este caso, el burofax, que el trabajador recogió dentro del plazo de que disponía.

Para el Alto Tribunal, el planteamiento correcto fue el de la sentencia de instancia al entender que el "*dies a quo*" para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de despido no puede diferirse a la fecha de remisión por la empresa al actor de los tres burofax, sino que en todo caso debe agotarse el trámite de notificación elegido por la empresa, y se debe esperar para iniciar el cómputo de la caducidad a que transcurra el plazo de recogida que se indica en el "aviso de llegada" emitido por Correos, y si el destinatario de la comunicación tiene un plazo de retirada del servicio de correos -en este caso 30 días- **no se le puede imputar ninguna negligencia mientras no se agote ese plazo**, por lo que en el caso la acción de despido no estaba caducada.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 82/2020, 29 Ene. Rec. 2578/2017**

### **3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

#### **El despido por absentismo contraviene los Tratados Internacionales y discrimina a la mujer**

Aunque a fecha de la presente esta modalidad de despido objetivo ya se encuentra derogada normativamente vía Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, no está de más traer a colación esta sentencia del TSJ de Cataluña para apreciar los diversos criterios interpretativos de nuestros tribunales de justicia en sus más altas instancias.

Concretamente, esta sentencia estima el recurso de la trabajadora y considera improcedente su despido, pues considera que el art. 52. d) ET es contrario a los Convenios y Tratados Internacionales. Después de 43 años al servicio de la empresa, la trabajadora fue despedida por ausentarse de su puesto de trabajo 13 días en un período de 2 meses, ausencia justificada en diversas patologías, la principal, dolor de espalda, y siendo que, de algunas de ellas no se causó baja por IT.

Aunque es cierto que las ausencias superan la ratio de absentismo prevista a efectos de justificar el despido en el art. 52 d) ET - se superan el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, con un índice del 31,70% de absentismo, y el 5% de las jornadas hábiles en los 12 meses anteriores, con un 6,70 % de absentismo-, el TSJ declara que no cabe el despido por esta causa.

El TC -sentencia 118/2019- se había pronunciado recientemente validando el despido por absentismo, pero ahora el Tribunal catalán resuelve la cuestión desde dos puntos de vista diferentes, ambos desde la óptica de la normativa internacional. Por lo tanto, difiere totalmente del criterio del TC.

El primero de ellos se basa en la prevención de riesgos laborales. La sentencia declara que el despido por causa de ausencias intermitentes, derivadas de enfermedad común, es contrario a los Tratados y Convenios que sobre prevención de riesgos laborales que vinculan a España en virtud de su ratificación; en concreto declara que el art. 52 d) ET es contrario a los arts.4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT y al art. 3 de la Carta Social Europea.

Se basa el TSJ en que el "presentismo" que pretende incentivar el medio para la defensa de la productividad, puede suponer un riesgo de que personas que están enfermas acudan al trabajo para evitar su despido; incluso refiere que este riesgo para la salud no solo se proyecta sobre la propia persona trabajadora, sino que también supone un riesgo también para terceros.

La obligación de las empresas en cuanto a la prevención de riesgos laborales no se ciñe a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la salud, vida o integridad física (tutela constitucional), sino que se extiende a todo tipo de riesgos (tutela convencional), y en la ponderación con otros intereses (como la libertad de empresa o la defensa de la productividad) e impone a los Estados la reducción al mínimo las causas que generan esos riesgos. Esta obligación de reducir al mínimo los riesgos no resulta compatible con la imposición a los trabajadores que sufren enfermedades que provocan ausencias intermitentes que les incapacitan para el trabajo, de la obligación de acudir al trabajo, so pena de despido.

El segundo, está fundado desde una perspectiva de género. Los datos estadísticos evidencian un mayor impacto en las mujeres que en los hombres de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal. Por ello, el art. 52 d) ET si bien a priori es una disposición aparentemente neutra, en realidad pone a personas del sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres.

Se aventura el Tribunal a sugerir medidas alternativas, menos injerentes que revelan la innecesariedad y desproporción de la tan drástica medida de despido: abono del subsidio de IT del 4º al 15 día, reduciendo así los costes empresariales y aumentando la productividad; o bien, incrementando o reformando el control de la Incapacidad temporal, evitando situaciones de fraude o abuso que es lo que parece perseguir el legislador.

Incide en que, además, en un caso como éste en el que habiendo sido muy larga la trayectoria de la trabajadora en la empresa, ésta aplica rígidamente las ratios de absentismo para despedirla, sin que antes hubiera tenido otras situaciones de incapacidad temporal, y además que por su edad se enfrenta a una especial dificultad en la reinserción laboral.

En resumen: criterios totalmente contrapuestos entre el TC y el TSJ de Cataluña que si bien a fecha de la presente ya no tienen excesiva relevancia jurídica al haberse derogado el art. 52 d) ET, si son una muestra de la gran inseguridad jurídica existente a todos los niveles.

**TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 274/2020, 17 Ene. Rec. 5532/2019**

#### **4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA**

**Si el convenio colectivo no lo regula expresamente, los permisos retribuidos se inician el día siguiente al hecho causante, sea laborable o no.**

En febrero de 2018 el TS dictó una sentencia que fue comentada por muchos medios. Se trataba de un asunto en el que se dilucidaba cuándo se comenzaban a computar los días de permiso retribuido para el personal amparado por el convenio colectivo de Contact Center. El resultado fue que el día inicial para el disfrute de los permisos por matrimonio, nacimiento de hijo y fallecimiento de un familiar, cuando el hecho causante se produzca en día feriado, debe ser el primer día laborable que le siga.

Desde entonces, muchos se han aventurado a asegurar que los permisos retribuidos se cuentan a partir del primer día laboral, pero no es así. Dicha sentencia no constituye jurisprudencia: primero porque solo es una sentencia; pero en segundo lugar, no se ha dictado en un proceso de unificación de doctrina, sino de casación ordinaria. Ello quiere decir que lo fallado en aquel procedimiento fue con respecto a un colectivo concreto: el de Contact Center.

**Este Tribunal aclara que es el hecho causante es el que determina el inicio de un permiso, por lo que, si se concede por días naturales, su cómputo se inicia a partir del día del hecho causante y debe disfrutarse en los días inmediatamente siguientes, sean o no laborables para el trabajador.**

Es decir, ha de estarse al convenio colectivo en cuestión, pues es normalmente este el que mejora lo establecido en el ET. Y si un convenio otorga los permisos por días naturales, igual naturaleza de “laborables” debe extenderse a los días de permiso siguientes al del hecho causante.

Y aunque se reconoce que esta solución puede llevar a que en algunas ocasiones el trabajador no disfruta verdaderamente de su permiso porque comienza en días de libranza (por ejemplo, fin de semana), no por ello se pierde la finalidad del permiso. Porque durante esos días también se pueden atender las necesidades inmediatas que surgen como consecuencia del hecho causante, cobertura que no se daría si el disfrute del permiso se difiere al primer día laborable siguiente.

En el caso, en la medida en que el Convenio Colectivo no establece, ni se deduce de sus términos, en qué momento se puede o se debe iniciar el permiso que discurre por días naturales, la Sala considera que, como regla general debe atenderse a la fecha del hecho causante como fecha de inicio del permiso.

**TSJ La Rioja, Sala de lo Social, Sentencia 159/2019, 4 Sep. Rec. 133/2019.**

## **5. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

**Si existe convenio colectivo de empresa, el adjudicatario debe cumplir las obligaciones salariales establecidas en éste y no en el sectorial**

Aunque de forma ordinaria exclusivamente comentamos sentencias vinculadas al Orden de lo Social, hemos creído oportuno incorporar esta Resolución del Tribunal Administrativo Central por su estrecha vinculación con el ámbito laboral y, más concretamente en la contratación pública.

Como es sabido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) establece expresamente para los contratistas el respeto de las condiciones salariales de los trabajadores. Pues bien, ello también se satisface mediante el cumplimiento de las condiciones salariales previstas en un convenio de empresa no siendo necesaria la remisión expresa al convenio sectorial de aplicación.

Por ello el Tribunal estima el recurso interpuesto por la licitadora que resultó excluida para contratar el "Servicio de mantenimiento integral de los edificios de López de Hoyos 169-171 y Serrano 102" pertenecientes a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid, porque justificó adecuadamente su oferta, sin que ésta incurriera en vulneración de las obligaciones sociales y laborales que le competen al remitirse a su propio convenio.

La obligación de respetar las obligaciones salariales que resulten del convenio colectivo que se encuentre en vigor, que normalmente será el **convenio colectivo sectorial, no impide considerar también otros convenios colectivos distintos**, como en el caso, el propio de la empresa, cuya validez y vigencia no ha sido objeto de impugnación ni por el órgano contratante, ni por los interesados en el procedimiento.

Entenderlo de otro modo llevaría al absurdo de que en el caso de que el adjudicatario contrato se rigiera por un convenio distinto del sectorial, la celebración de un contrato administrativo supondría una **alteración de las condiciones salariales de los trabajadores**, dando lugar a una inaplicación parcial (sólo respecto de los trabajadores afectos a la ejecución del contrato) y temporal (sólo durante la ejecución del contrato) del convenio colectivo que resulta de aplicación.

Concluye el Tribunal afirmando que aunque lo adecuado para calcular el precio es que el órgano de contratación considere como costes salariales los establecidos en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, por ser el referente ordinario en el sector (y así se recoge en el artículo 101 de la LCSP) la obligación que se impone al adjudicatario del contrato ha de ser la de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación, pudiendo éste ser un convenio de empresa.

**Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 1464/2019, 19 Dic. Rec. 1275/2019**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto*

*Email: ortegap@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral*

*Email: ortegaf@ortega-condomines.com*