

# Actualidad Laboral Octubre 2017

## Sumario

**1. Despido Improcedente - compensación indemnización por finalización de contrato.**

*Indemnización por despido improcedente y compensación cantidades percibidas por indemnización por finalización de contrato..*

**2. Dimisión por whatsapp**

*Manifestaciones realizadas mediante whatsapp, dimisión tácita?*

**3. Despido disciplinario – fumar en el centro de trabajo-**

*Correspondencia y proporcionalidad entre las conductas del trabajador y la sanción de despido*

**4. Despido. Lugar de presentación de la papeleta de conciliación.**

*¿Es válida, a efectos del cómputo de la caducidad, la presentación de la papeleta de conciliación en la oficina de correos?*

**5.- Excedencia Voluntaria- Mejora voluntaria**

*Derecho a la mejora voluntaria en caso de excedencia voluntaria.*

**6.- Despido por vulneración de libertad religiosa**

*Requisitos y carga de prueba. Se desestima el recurso.*

*Boletín elaborado por:*

*Fundación para las Relaciones Laborales de Cantabria*

*Pasaje de Peña 4, 3º. 39008 SANTANDER*

*Teléfono: 942364145 /Fax: 942221709*

*Correo: [fundacionorecla@orecla.com](mailto:fundacionorecla@orecla.com)*

### **1.- Indemnización por despido improcedente- Compensación indemnización percibida por finalización de contrato.**

**STSJ País Vasco Nº 534/2017**

Trabajador que prestó servicios en varias obras diversas a aquélla sobre la que se hizo el contrato de trabajo, y que aquélla sobre la que se hizo el contrato de trabajo temporal, además, no había finalizado cuando la empresa le comunicó la extinción de la relación laboral. El trabajador firma un documento de finiquito en el que consta en concepto de fin de obra el importe de 1.989€.

Presentada demanda por despido, instando el reconocimiento de la improcedencia del mismo, ésta es estimada por la Sentencia de instancia, declarando el despido como improcedente, fijando una indemnización por despido improcedente de 3.163,16€ y declarando a su vez que la empresa podrá deducir el importe recibido por indemnización de fin de contrato.

Se suscita si cabe asumir la compensación que la Juzgadora admite en la sentencia de instancia, en el sentido de que al tratarse de un despido improcedente, descuenta de la indemnización derivada de tal calificación, lo percibido por el demandante del demandado cuando se le comunicó el cese en el contrato por obra o servicio determinados que se había suscrito entre las partes.

El trabajador pide que se modifique en parte el fallo, fijando la indemnización por despido improcedente sin que quepa deducir la cantidad que el demandante percibió como finalización de contrato. La empresa impugna tal recurso solicitando se confirme la sentencia recurrida.

El trabajador alegaba en su defensa dos sentencias del Tribunal Supremo, de fechas 31 de mayo y 9 de octubre 2006, en al que se establece que para que dos deudas sean compensables, es preciso, de conformidad con el art. 1.196 del Código Civil, que las dos estén vencidas, que sean líquidas y exigibles, y teniendo en cuenta, que en aquellos autos las cantidades que se pretende compensen parte del importe de la indemnización por despido fueron satisfechas en su momento por el empleador como uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se habíann calificado como contrataciones en fraude de ley, y por ello, no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna.

El TSJ, entiende que este caso es distinto a los resueltos en aquéllas sentencias, y desestima el recurso presentado por el trabajador, estableciendo que sí procede la compensación por exigencia del principio general que veda el enriquecimiento injusto, y ello en base a tres ideas:

- La primera es que, mediando sólo un contrato de trabajo temporal entre las partes y no varios, el cese empresarial acordado puede ser legal o no. Si es legal, procede la indemnización por fin de ese contrato de obra o servicio. En la hipótesis de la ilegalidad del mismo, lo que procede es la indemnización por despido improcedente, quedando la entregada por el empresario sin causa.

- Segunda idea: porque queda sin causa esa indemnización, se entiende razonable aplicar al caso el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto.

- Tercera idea: las dos ideas anteriores parten de un presupuesto previo: aceptar que ambos conceptos son homogéneos, en cuanto que ambos son indemnización y no salario.

\* *Esta sentencia cuenta con un Voto Particular en sentido contrario.*

## 2. DIMISIÓN POR WHATSAPP

### 2.- Manifestaciones realizadas por whatsapp, dimisión tácita? STSJ Madrid, Fecha 8 de junio de 2017.

Trabajadora que tras finalizar su situación de IT solicita la IP que es denegada por el INSS al no tener sus lesiones la entidad suficiente, con la consiguiente obligación de reincorporarse a su puesto de trabajo.

La trabajadora comunica a la responsable del centro mediante whatsapp la denegación de la IP y su intención de no incorporarse a su puesto de trabajo y llevar su situación por la vía judicial. Ante sus ausencias, la dirección comunica a la trabajadora mediante burofax la obligación de presentar documentación justificativa de sus ausencias o incorporarse a su puesto de trabajo.

Al no incorporarse, la empresa da por resuelta la relación laboral por dimisión tácita. Se interpone demanda de despido ante el Juzgado que declara la improcedencia del mismo y la empresa interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

Se trata, pues, de determinar si la conducta de la trabajadora, y las manifestaciones realizadas mediante whatsapp constituyen dimisión tácita.

El TSJ recuerda la Jurisprudencia del TS según la cuál para que la dimisión tácita del trabajador sea válida no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, bastando con que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción de ruptura o extinción de la relación laboral.

En el supuesto enjuiciado, a requerimiento de la empresa y mediante whatsapp, la trabajadora comunica claramente su intención de no reincorporarse con expresiones como “*no puedo reincorporarme*”, “*hacer lo que tengáis que hacer*”, “*lo siento, no me voy a reincorporar*”,... que son suficientemente ilustrativas de no querer seguir en su actividad laboral.

Todo esto supone que no hay intención de la trabajadora de mantener su relación laboral, reiterando su opción de no acudir a su puesto aunque la empresa le advierte de que esa conducta será entendida como dimisión, por lo que el TSJ considera lícita la actuación de la empresa de entender que se ha producido una dimisión y estima el recurso de suplicación.

### 3.- DESPIDO DISCIPLINARIO

#### **3.- Despido disciplinario por falta muy grave (fumar en el centro de trabajo). TSJ Burgos 07-6-17, EDJ 129888**

En este caso un trabajador acudía habitualmente al baño a fumar, haciendo caso omiso de las advertencias y señales indicativas de la prohibición de fumar. Por otro lado, otro trabajador fue sancionado con suspensión de empleo y sueldo de 60 días por haber fumado en el centro de trabajo.

En una de esas ocasiones en las que fumaba en el baño fue reprendido por uno de sus compañeros a lo que le respondió con comentarios “racistas”. El mencionado trabajador ya había sido sancionado con anterioridad por insultar y empujar a un compañero. Tras los citados hechos la empresa le impone la máxima sanción de despido por una infracción muy grave recogida en el convenio colectivo.

El trabajador presenta demanda de despido que fue desestimada por la sentencia de instancia, por lo que el trabajador recurre en suplicación. El TSJ entiende que es suficiente que exista alguna de las causas previstas legalmente para que el empleador pueda despedir al trabajador. En este caso las acciones del trabajador se encuadran en la indisciplina o desobediencia y la transgresión de la buena fe enumeradas en el art.54.1 ET.

En este caso concreto, el TSJ entiende que las dos conductas están tipificadas como faltas muy graves en el convenio colectivo, existiendo una correspondencia y proporcionalidad entre las conductas del trabajador y la sanción de despido, por lo que desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia, declarando la procedencia del despido disciplinario.

### 4.- PAPELETA CONCILIACIÓN- LUGAR DE PRESENTACIÓN

#### **4.- Despido. Lugar de presentación de la papeleta de conciliación TS unif. Doctrina 19-9-17, EDJ196572**

Un trabajador es despedido el 2 de octubre de 2017 y presenta papeleta de conciliación impugnando la decisión de la empresa el 30/10/2017 en la Oficina de Correos. La papeleta llega al registro del órgano de conciliación el 6 de noviembre, el plazo finalizaría el 2 de octubre, por lo que la papeleta se ha presentado en plazo en la oficina de correos, pero llega fuera de plazo al Registro del órgano conciliador.

En suplicación el trabajador aporta certificación del órgano administrativo indicando que presentó papeleta de conciliación en la oficina de correos y la fecha en la que accedió a su registro administrativo. El TSJ considera que la papeleta de conciliación sólo puede presentarse ante el órgano competente, por lo que no es legalmente admisible la presentación de escritos judiciales en la oficina postal. Esto supone que cuando la papeleta llega al órgano administrativo la acción ya está caducada. El trabajador interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión controvertida consiste en determinar si la presentación de la papeleta de conciliación en una oficina de correos suspende o no el cómputo de la caducidad en el despido.

El TS recuerda que la conciliación previa es un requisito necesario para acceder a la jurisdicción social y no un proceso independiente del social, su función está encaminada a evitar el proceso laboral. Esto supone que aunque se vea afectado por las garantías típicamente procesales no se debe prescindir de su vertiente administrativa, y es en esa vertiente donde se prevé la validez de la presentación de los escritos administrativos en las oficinas de correos.

Esto supone que esa presentación despliega los mismos efectos que si se hubiera hecho en un registro administrativo, en especial respecto de la suspensión del plazo de caducidad para accionar. Así, la acción no está caducada y el procedimiento debe continuar.

## **5.- EXCEDENCIA VOLUNTARIA – MEJORA VOLUNTARIA**

### **5.- Derecho a la mejora voluntaria en caso de excedencia voluntaria:**

**TSJ País vasco 10-01-17, EDJ 21193**

Trabajador que solicita una excedencia voluntaria en una empresa cuyo Convenio Colectivo establece una indemnización de 40.000€ para todo el personal al que se le reconozca una situación de Incapacidad Permanente Total.

Durante el tiempo en que está en excedencia, prestando servicios en otras empresas, insta el reconocimiento de una IPT derivada de enfermedad común y es emitido el dictamen del EVI, pero no es reconocida hasta sentencia dictada con posterioridad a su reingreso en la empresa en la que había estado en situación de excedencia.

Cuando el trabajador causa baja por pasar a situación de pensionista, reclama a la empresa y a la aseguradora el abono de la mejora establecida en el convenio.

Establece el Tribunal que a la hora de determinar la responsabilidad en el pago de una mejora voluntaria derivada de una IP por enfermedad común, ha de estarse a la fecha del hecho causante de la prestación de invalidez, que viene fijada con carácter general por la fecha del dictamen del EVI, salvo los casos en que las lesiones residuales padecidas por el beneficiario quedaran fijadas con el carácter de definitivas, irreversibles o invalidantes con anterioridad.

Por tanto, en este caso, como a la fecha del hecho causante del IPT, el convenio colectivo de la empresa no le resulta de aplicación al trabajador por estar en excedencia voluntaria, éste no tiene derecho a percibir la mejora voluntaria reclamada, aunque la resolución que reconozca la IPT sea posterior a su reingreso en la empresa.

## **6.- DESPIDO: DISCRIMIANCIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS**

### **6.- Despido-Vulneración de derechos fundamentales: Discriminación por razón religiosa.**

**Se desestima.**

**TSJ La Rioja 22-06-17, Rec 179/2017**

Se plantea el conflicto en una empresa dedicada a la comercialización del champiñón, que en base a Auditoría de Calidad, exige a todos sus trabajadores, que ninguna ropa puede sobresalir por fuera de la bata y del gorro, dado que fue detectado por aquélla que tanto capuchas de sudadera como velo islámico cubriendo el cuello incumplían dicha normativa de higiene, lo que podría llevar a la empresa a perder su certificación de calidad alimentaria.

Tras apercebir de ello las encargadas a todos los trabajadores, se comprueba que una trabajadora sigue llevando el velo islámico por fuera del gorro, cubriéndole la totalidad del cuello. La trabajadora recibe carta de sanción por falta grave y tres meses después, al persistir el incumplimiento, es sancionada nuevamente con despido disciplinario.

La trabajadora impugna dicho despido por considerarlo nulo (vulneración del derecho a la libertad religiosa) o, subsidiariamente, improcedente.

El Juzgado de lo Social desestima su demanda al considerar que no existió dicha vulneración, sentencia que confirma el TSJ de La Rioja, ya que únicamente se atendió a razones de higiene en el trabajo, de tal forma que se minimice el riesgo de contaminación del producto, que por su naturaleza porosa es especialmente sensible.

La sentencia de instancia parte de analizar la invocación de derechos fundamentales en el ámbito laboral y los criterios respecto a la distribución de la carga de la prueba;

Así, partiendo de la dificultad de probar la lesión de derechos fundamentales, ya que normalmente se trata de conductas enmascaradas bajo apariencia de legalidad, se establece una modulación o flexibilización de la carga de la prueba, que debe recaer en principio sobre el demandante. Se le exigirá a este solo aportación de indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental.

Una vez cumplido el anterior presupuesto, corresponde ya al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas aportadas y su proporcionalidad. Es decir, que la actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración.

Como consecuencia de ello, la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina que los indicios del demandante desplegarán toda su operatividad para declarar la lesión invocada. Dicha doctrina ha sido recogida por el TS en innumerables sentencias, de 14-04-11, 22-12-09, 28-01-09 y 20-01-09.

Por su parte, el TJUE, en relación con la prohibición de usar velo islámico a trabajadoras establece la siguiente doctrina (SS 14-03-17, Asuntos C-188/15; C-157/15):

*"En los casos en que una reglamentación interna de empresa imponga a todos sus empleados de manera general e indiferenciada una neutralidad indumentaria impidiendo el uso de signos visibles de cualquier convicción religiosa, afectando indistintamente a cualquier manifestación de dichas creencias, en la medida en que se trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, no se produce una discriminación directa en el sentido del art. 2.2.a de la Directiva 2000/78.*

*En los mencionados supuestos se podrá producir una discriminación indirecta en el sentido del art. 2.2.b, si la indicada prohibición aparentemente neutra ocasiona desventaja particular a aquellas personas que profesan una determinada religión, lo que no sucederá cuando debido a la naturaleza de la concreta actividad profesional o el contexto en que se lleve a cabo, se refiera a un requisito profesional esencial y determinante, y el objetivo perseguido sea legítimo y proporcionado, y tampoco en los casos en que se siga por parte del empresario un régimen de neutralidad religiosa en las relaciones con sus clientes."*

Considera el TSJ de La Rioja que no ha existido discriminación directa, ni vulneración de derecho a la libertad religiosa, dado que la exigencia de que ninguna vestimenta sobresaliera de bata y gorro derivaba de la advertencia de la Auditoría de la empresa certificadora de calidad.

Asimismo queda probado que no se impidió el derecho a la trabajadora del uso de dicha prenda, estando permitido el mismo en la prestación de trabajo siempre y cuando se recogiera bajo el gorro y no estuviera al descubierto en la zona del cuello.

Tampoco existió discriminación indirecta, considera dicho Tribunal, habida cuenta que la decisión patronal de exigir a las trabajadoras la estricta observancia de vestimenta de trabajo es medio idóneo, proporcionado y necesario para cumplir los protocolos en materia de seguridad e higiene alimentaria impuestos por la empresa certificadora de calidad.

Por todo ello, se desestima el recurso, al entender que no se ha producido la vulneración de derecho denunciada.