

N & A newsletter

OCTUBRE 2011

CONTENIDO

Noticias

El Tribunal Supremo avala las “encerronas” de los jefes para que dimita el empleado.

Noticias de actualidad.

SENTENCIA DEL MES

Excedencia por cuidado de familiar

El Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona declara procedente el despido por ausencias injustificadas de una trabajadora que solicitó una excedencia por cuidado de un familiar y la empresa no se la concedió.

Asunto defendido por nuestra Letrada Ana Jerez Barroso.

JURISPRUDENCIA

Comentario

Sentencia del Tribunal Supremo por la que se acepta la retractación del trabajador, una vez comunicada la baja voluntaria al empresario.

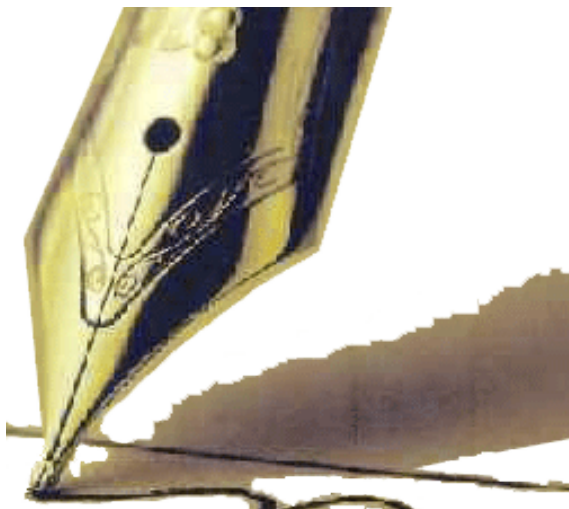
Virginia de Frutos Sánchez
Abogada

TEMA DEL MES

Extranjería

La ineptitud sobrevenida de los trabajadores extranjeros.

Alba Nieto-Sandoval Martínez
Abogada



EL TRIBUNAL SUPREMO AVALA LAS “ENCERRONAS” DE LOS JEFES PARA QUE DIMITA EL EMPLEADO

Las encerronas que hacen los jefes para invitar a dimitir a los empleados son perfectamente válidas y no tienen repercusiones perjudiciales para las empresas.

Una sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2010, adoptada en Sala General, confirma que el empresario tiene margen suficiente para presionar al trabajador e inducirle a que se vaya de la empresa con el pretexto de que así el empleado evitará otro tipo de responsabilidades.

Esta posibilidad beneficia a las empresas, porque permite agilizar las bajas, evita los despidos improcedentes y ahorra costes de gestión. Sin embargo, la decisión adoptada por el Supremo no ha sido fácil, porque se acordó por 10 votos a favor frente a 7 en contra. De hecho, la sentencia cuenta con un voto particular.

Al tratarse de una resolución tan ajustada, cabe pensar en la posibilidad de que el Supremo cambie su postura en el futuro. Por ello, las compañías deben tener cautela a la hora de plantear este tipo de soluciones.

En el caso planteado ante el Alto Tribunal, una empleada de una gran cadena de distribución sustraía productos sin abonarlos en caja, y simulaba el pago a través del sistema de devoluciones. Descubierta, la directora del centro, en presencia de una supervisora y de otra auditora, le pidió explicaciones.

Al reconocer los hechos, fue advertida de que esta situación sería comunicada al departamento

de Personal. Ante la duda de qué podría pasar con las compañeras a las que sustraía las llaves de la caja, la trabajadora escribió dos documentos, uno de baja voluntaria y otro explicando cómo hacía las devoluciones.

La trabajadora, al día siguiente, se arrepintió, acudió a trabajar y se le denegó el acceso al centro. Esto motivó que pusiera una denuncia por coacciones y amenazas y una demanda por despido. Finalmente, el TSJ no aceptó su impugnación al entender que no hubo intimidación; y que no era exigible legalmente que se concediera por la empresa un período de reflexión para decidir.

La sentencia apunta que la empresa comete amenaza o intimidación cuando la decisión “revista un matiz antijurídico o ilícito, y no hay tal cuando lo que se hace es anunciar el posible ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, como es el relativo a un posible despido disciplinario y la interposición de denuncia o querrela”.

A ello añade que “decir que los hechos se pondrían en conocimiento del departamento de Personal a los efectos oportunos no puede considerarse una amenaza”.

Para el Alto Tribunal, la retractación de la trabajadora al día siguiente no significa que su decisión inicial “estuviese viciada”.

Asimismo, indica que “ningún precepto legal” exige que tenga que darse al trabajador un período de reflexión. A su juicio, lo decisivo es “si el consentimiento prestado lo fue libremente”.

La sentencia apunta que en los casos en que los trabajadores son “intimidados” o “reprendidos” ofreciéndole la dimisión o la rescisión contractual de mutuo acuerdo, “no puede estimarse sin más la nulidad del consentimiento prestado por el operario”, lo que dependerá del análisis de los hechos de cada caso.

No obstante, el voto particular de los magistrados discrepantes es un toque atención ya que estos jueces creen que la decisión empresarial fue nula por abusiva.

El planteamiento que introducen es que la posible intimidación, que viciaría el consentimiento, y la exigibilidad de un período de reflexión “no derivan de la alternativa –legal y no abusiva– ofrecida por la empresa, sino que pueden ser obligada consecuencia de las circunstancias en que la misma se produce”. Es decir, que “cobra singular importancia” el hecho de que la situación se produzca en el “marco de unas relaciones jerarquizadas como las laborales”, en las que “es más fácil que se produzca una situación de desamparo”.



NOTÍCIAS DE ACTUALIDAD

El TSJ de Murcia rechaza el recurso de un trabajador que se sintió discriminado con su despido

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia ha desestimado el recurso presentado por el trabajador de una estación de servicio que se sintió discriminado porque la empresa lo despidió a él y no a ningún otro compañero.

La sentencia afirma que el Juzgado de lo Social número Uno de Murcia, en su resolución de julio de 2010, declaró probado que este trabajador fue contratado por la empresa dentro del fomento del empleo para prestar sus servicios en la gasolinera ubicada en una pedanía de Murcia en la que después se subrogó otra empresa.

Fue despedido por motivos económicos en enero de 2010 en una decisión que se basó en la pérdida de clientela, el aumento de los gastos y la relación laboral, que era la más cara, así como el coste de la Seguridad Social.

El juez de lo Social desestimó su demanda en una sentencia en

la que se afirmaba que “ello, sin perjuicio del derecho del trabajador a consolidar la indemnización ofrecida y consignada por la empresa, que se elevaba a 18.550 euros”.

En su recurso ante el TSJ, este empleado alegó que se había producido una situación discriminatoria que le perjudicaba “por el hecho de haber cesado su relación laboral y no la de otros compañeros”.

La Sala de lo Social, al desestimar su recurso afirma que “no está acreditado que el despido se produjera como consecuencia de represalias por cuestiones judiciales anteriores del recurrente con la empresa, sino que se está ante un despido objetivo”.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso de un trabajador despedido que no cobró la indemnización por falta liquidez

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso presentado por el trabajador de una empresa de Murcia que fue despedido por causas económicas y que no pudo percibir la indemnización fijada por falta de liquidez de aquélla.

La sentencia indica que el Juzgado de lo Social número 4 de Murcia, en su resolución de octubre de 2009, desestimó la demanda por despido entablada por este empleado y le reconoció el derecho a percibir una indemnización de 19.320 euros.

La empresa, que había procedido a su cese tras comunicarle que se

veía obligada a adoptar esta medida debido a la situación económica negativa por la que atravesaba, no pudo afrontar el pago de la citada suma por falta de liquidez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social, por lo que el trabajador acudió entonces al TS en un recurso de casación para unificación de doctrina.

En concreto, aportó una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que declaró nulo un despido en un caso que consideraba semejante al suyo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo discrepa de esta apreciación y afirma que se trata de casos distintos y que “el recurso no debió admitirse a trámite por la falta de contradicción de las sentencias comparadas”.

“La sentencia del TSJ de Murcia --dice el alto tribunal-- no aborda ni resuelve el problema de si está probada la falta de liquidez, ni a quién correspondía probarlo, sino que parece aceptar que la realidad de la misma deriva de la situación económica empresarial probada”.

“Sin embargo --añade-- en la sentencia de Castilla-La Mancha la única cuestión analizada fue, precisamente, la de a quién incumbía la carga de probar la falta de liquidez alegada por la empresa para no abonar la indemnización en el momento del despido”.

“Ambas --concluye el Supremo-- se pronuncian sobre hechos, fundamentos y pretensiones diferentes”, por lo que desestima el recurso de casación planteado por el trabajador despedido.



SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POR LA QUE SE ACEPTA LA RETRACTACIÓN DEL TRABAJADOR, UNA VEZ COMUNICADA LA BAJA VOLUNTARIA AL EMPRESARIO.

En fecha de 19 de mayo de 2009, la Sala del Social del TSJ de Andalucía, confirma la improcedencia del despido de un trabajador; por estimar la retractación de la baja voluntaria comunicada fehacientemente por el trabajador, con trece días de antelación, a su empleador. En contraposición, a la postura de la empresa, quien considera que una vez comunicada la decisión de dimisión, la retractación posterior del trabajador no conlleva la aceptación de la continuidad de la relación laboral. La doctrina tradicional de la Sala, ha sido la de que una vez comunicada la baja voluntaria del trabajador, no es susceptible de retractación posterior; dado que al ser la dimisión una declaración de voluntad de carácter receptivo, esta es irrevocable y vincula totalmente al trabajador desde su comunicación. Produciéndose por tanto, un paralelismo con la figura del despido; respecto la cual, la empresa, salvo aceptación por el trabajador, no podía dejar sin efecto un despido si ya había sido comunicado a su destinatario y, en caso de reclamación judicial por parte del empleado, venía obligado a soportar un proceso judicial y, sólo tras la sentencia, y en caso de que ésta hubiera declarado el despido como improcedente, podía optar por la readmisión o venía obligado a ella, en caso de nulidad del despido. Ahora bien, después de la Sentencia del Recurso de Casación 210/09, se establece que la empresa puede



retractarse de una comunicación de despido porque esa retractación se produce en el periodo de preaviso, por lo que la relación laboral aun no había finalizado. Considerándose por la Sentencia por tanto, que el trabajador al no haberse reincorporado a consecuencia de la retractación, se ha producido una baja voluntaria en lugar de un despido. Siguiendo con el hilo argumental, establecido en la referida Sentencia del párrafo anterior; la comentada Sentencia, llega a las siguientes conclusiones: En primer lugar, no cabe confundir el preaviso “declaración de intenciones” con la dimisión “negocio jurídico unilateral perfeccionado mediante

la aceptación por el empresario”. En segundo lugar, el preaviso tiene una finalidad cautelar porque asegura la relación laboral hasta la dimisión. Y en tercer lugar, el principio de buena fé comporta la aceptación de la retractación del trabajador porque en definitiva no se produce ningún perjuicio al empresario y la negativa a su retractación comporta una conducta abusiva. En definitiva, todas y cada una de las conclusiones, muestran el espíritu del juzgador, esto es, favorecer la conservación del puesto de trabajo.

Virginia de Frutos Sánchez
Abogada

SENTENCIA DEL MES

EL JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 13 DE BARCELONA DECLARA PROCEDENTE EL DESPIDO POR AUSENCIAS INJUSTIFICADAS DE UNA TRABAJADORA QUE SOLICITÓ UNA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE UN FAMILIAR Y LA EMPRESA NO SE LA CONCEDIÓ.

Asunto defendido por nuestra Letrada Ana Jerez Barroso.

Vistas por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Social número trece de Barcelona, las precedentes actuaciones, seguidas a instancia de YOLANDA frente a C Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación por DESPIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Que por turno de reparto fue asignada la presente demanda a este Juzgado el día 16 de marzo de 2011, en la misma previa relación de hechos y fundamentos de derecho que estimo que son de aplicación, suplica se dicte sentencia de conformidad con el suplico de la demanda.

II.- Por Decreto de fecha 13 de abril de 2011 fue admitida a trámite una vez subsanado error formal, señalándose para la celebración del acto de conciliación y juicio. Comparecen las partes, pasándose una vez celebrado el acto de Conciliación sin efecto a la celebración del juicio. En este acto la parte actora se afirma y ratifica en la demanda y la parte demandada compareciente esta conforme con salario, antigüedad y categoría fijados, se opone y ratifica carta de despido indicando que solicitadas vacaciones por la actora referidas al año siguiente, habiendo disfrutado las legales del año, además en periodo de Navidades le fueron denegadas, solicitando entonces excedencia para el cuidado de un

familiar siéndole denegada por cuanto los documentos que en ese momento aporto no cubrían los requisitos legales exigidos para su concesión, posteriormente a la notificación de la denegación llamó por teléfono desde Amsterdam vía su país, la empresa le indicó que no era el momento por las fechas y el trabajo y que si quería podía irse a principios de enero, adelantando las vacaciones anuales, no admitiéndolo la actora que unilateralmente, sin consentimiento expreso de la empresa, abandonó su puesto de trabajo, hecho que considera la doctrina como merecedor de despido. En fase de prueba se propone por las partes la prueba que admitida obra referida en la grabación que consta incorporada a las presentes actuaciones. En trámite de conclusiones las partes elevan a definitivas las formuladas provisionalmente. Con lo cual S.S^a dio el acto por concluso y visto para Sentencia; en la tramitación de este juicio se han observado todas las prescripciones legales, a excepción de las relativas a plazos, dada la acumulación de asuntos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La actora ha prestado sus servicios para la empresa demandada C.; acreditando la actora las siguientes circunstancias laborales: antigüedad 03-05-2004, categoría profesional Dependiente y salario de 1381,25 Euros mes con inclusión de parte proporcional de pagas extras, hecho no controvertido por las partes.

SEGUNDO.- Que la empresa

demandada comunicó a la actora por Burofax en fecha 7 de enero de 2011 el despido con efectos de ese mismo día por falta injustificada al puesto de trabajo desde el día 29 de diciembre del 2010 indicando que desde ese día hasta el día de la fecha no se presentó a su puesto de trabajo, con arreglo a los artículos 40 A 3 a) y b) del vigente del vigente Convenio Colectivo de Supermercados y autoservicios de Alimentación de la Provincia de Barcelona; reiterando la misma carta de despido por si no la hubiera recibido o se hubiera cambiado de domicilio en fecha por Burofax entregado el 29 de enero del 2011, para que la misma pueda tener plenos efectos, dado que la trabajadora no se había puesto en contacto con la empresa desde el 28 de diciembre de 2010.

TERCERO.- Que la actora alega en la demanda que no fue a trabajar esos días por motivos justificados como consecuencia de la enfermedad de un familiar, pidió primero vacaciones y luego excedencia que le fue denegada por la empresa con un claro abuso de poder y ejercicio antisocial y por ello solicita se declare el Despido como improcedente.

CUARTO.- En el acto del Juicio manifiesta la actora que solicitó vacaciones en la campaña de Navidad por la enfermedad de su padre, le denegaron las vacaciones porque coincidían con la campaña de Navidad; se le denegó la excedencia al poco de las vacaciones, el 28 de diciembre del 2010 llamó a la tienda para indicar que estaba en Amsterdam de camino de su país. Que la demandada manifiesta que se

acompañó documentación médica a la excedencia, unos justificantes manuscritos, denegándose el 22 de diciembre y después de la denegación aportó el 24 de diciembre otros documentos, se tuvieron en cuenta los partes pero no cumplía requisitos tampoco. El despido lo es con efectos del 27 de enero del 2011.

El testigo Don Antonio es el Jefe de Personal y manifiesta que en diciembre del 2010 vacaciones le pidió la actora, no se las concedió el jefe de ventas por las fechas y la faena, era imposible adelantarle las vacaciones del año siguiente, no podían porque era la dependiente de pescadería que tiene mucho trabajo; no hizo referencia a que tuviera familiar enfermo, le ofrecieron a partir del 1 de enero del 2011, ella le pedía Navidad, antes del 1 de enero del 2011 que era posible; pidió una excedencia por motivos de un familiar que se le denegó; se ausentó desde el 29 de diciembre hasta que le notificaron el despido, llamó diciendo que estaba en Amsterdam que si le llegaba la carta se la remitieran y aportó mas documentación sin decir nada y sin esperar se fue a su país; el día 9 pidió las vacaciones del año siguiente no tenía derecho, no le dijo nada; al día siguiente excedencia le aportó un justificante manuscrito; manifiesta que no se ha contratado refuerzo este año.

QUINTO.- Que se acredita:

.- Conforme a la documental obrante consta que la actora por escrito de fecha 10 de diciembre de 2010 solicitó al jefe de personal por el estado de gravedad de su padre la

excedencia conforme al artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, en atención a la necesidad del cuidado de mi padre, por periodo inicial de 60 días; consta que se acompañó de un informe manuscrito en el que no consta firma clara, se indica que Juan necesita ser operado de urgencia de una tumoración en la nariz.



.- Conforme a la documental consta que la empresa por escrito de fecha 22 de diciembre del 2010 notificó a la actora la denegación de la excedencia por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 46.3 del Estatuto de los trabajadores según el justificante que aporta no acredita que no pueda valerse por

si mismo simplemente justifica que su padre sufrirá una pequeña intervención nasal, pero no que necesite de una tercera persona para cubrir sus necesidades básicas. Así mismo no aporta justificación alguna acerca de si su padre desempeña o no una actividad retribuida, requisito que igualmente exige el precepto antes citado. Por todo ello le comunica por medio de dicho escrito la imposibilidad de acceder a su petición en tanto no justifique fehacientemente la dependencia que sufre su padre así como si desempeña o no actividad retribuida alguna.

.- Consta un informe médico de fecha de diciembre de 2010, en el que se indica que Juan va a ser sometido a cirugía Paranasal a consecuencia de TUMOR localizado en la cavidad nasal derivado de Cáncer de Piel; no se indica fecha de operación; se indica que necesitara cuidados de tercera persona durante mes y medio por cuanto no se puede valer por si mismo, para cubrir necesidades básicas; informe emitido el 22 de diciembre del 2010 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

SEXTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo de representación alguna.

SEPTIMO.- Se ha intentado sin Avenencia el preceptivo acto de conciliación previo ante el CMAC, presentando la papeleta de conciliación en fecha 24 de febrero de 2011.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En cumplimiento del artículo 97. 2 de la Ley de

Procedimiento Laboral debe indicarse que los hechos relatados lo son unos de conformidad por las partes, otros conforme a los documentos presentados por las partes a los folios que se señalan en la relación de hechos, así como se determinan o fijan hechos en base a la confesión de la demandada y a la testifical practicada; no se han reflejado los documentos que o son fotocopias o no llevan firma o no han sido reconocidas por las partes o no son necesarios por cuanto las partes están conformes.

SEGUNDO.- Que, no dándole permiso para compensar horas porque la necesitaban y tenían trabajo esos días, por lo que el que tuviera horas a compensar no justifica la no asistencia al trabajo del 30 de agosto al 8 de septiembre, desobedeciendo las órdenes de la empresa que le indicó que tenía que presentarse el 30 de agosto al trabajo como todos sus compañeros, sacando el billete de vuelta en enero ya para regresar tarde el 4 de septiembre a sabiendas; obligación de asistencia al trabajo y cumplimiento de lo pactado que incumplidos por la actora suponen una conducta acreedora de la sanción de despido.

En definitiva, conforme a la doctrina del TS es necesario que quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido, por ser la sanción más grave en el Derecho Laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, si del examen de las circunstancias

concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido. Además en todo caso, resulta necesario e indispensable que exista una adecuación o proporcionalidad entre la falta cometida por el trabajador y la sanción que la empresa debe imponer, siendo necesario resaltar para la valoración de la falta cometida su entidad, así como las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivista que la caracteriza.

En el caso de autos consta acreditado que la no asistencia al puesto de trabajo desde el 28 de diciembre del 2010 hasta el 28 de enero de 2011 que recibe el segundo Burofax en que es despedida, no se persona en su puesto de trabajo, acreditándose conforme al interrogatorio de la parte actora y la testifical practicada que por la actora se solicita vacaciones que no le son concedidas por cuanto pide vacaciones del año siguiente y no indica la causa de solicitarlas y porque las pide para el periodo de la campaña de Navidad, por lo que siendo ella dependiente de pescadería le es necesaria, siendo ese periodo el de mayor venta de pescado, el jefe de personal le indica que se espere al 1 de enero del 2011 que entonces podrá cogerse las vacaciones de ese año e irse a su país con su padre; al día siguiente día 10 solicita la excedencia para cuidar de su padre que está grave, aportando únicamente un informe médico manuscrito en el que se indica que el señor Juan necesita



tumoración en la nariz; sin que tal como exige el artículo 46.3 del ET acredite ni la condición de padre del Sr. mencionado, pariente en segundo grado, hecho que no consta acreditado, ni que no pueda valerse por sí mismo y que no desempeña actividad retribuida; el 22 de diciembre del 2010 le deniegan la excedencia por dichos motivos; la actora el 24 de diciembre del 2010 aporta un certificado del día 23 de diciembre en el que se indica que va a ser operado, sin indicar fecha de la intervención, y que necesitará ayuda durante un mes y medio y certificado del Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social de que el Sr. Juan no tiene actividad laboral, pero no consta que acredite que el Sr. Juan sea su padre es decir familiar en segundo grado, no aporta a este respecto ni siquiera en el acto del juicio documentación alguna. No obstante y antes de que la empresa decida si es suficiente la documentación (no consta la acreditación de que es su padre) y le conteste concediendo o no la

excedencia, la actora se ausenta de su puesto de trabajo el 28 de diciembre del 2010 llamando por teléfono desde Amsterdam vía Ecuador, sin que se ponga en contacto con la empresa posteriormente a esa fecha y no es hasta la papeleta de conciliación de fecha 28 de febrero del 2011, en impugnación de la carta de despido que tiene noticia de la actora la empresa; en el acto del juicio la demandante, extrañamente, no aporta dato alguno de que la operación de Juan se ha realizado, constaba solo que se iba a realizar, y de la situación de salud de dicho señor, no se aporta tampoco acreditación alguna de que haya estado en Ecuador; pero sobre todo no consta que el operado sea el padre de la trabajadora, no se aporta prueba alguna y solo manifestación de la demandante.

Pues bien, constando la denegación expresa de empresa a la excedencia por no cumplirse los requisitos legales establecidos en el artículo 46.3 del ET al no aportarse documentación suficiente con la solicitud, y a pesar de ello y sin esperar la respuesta a la presentación de sus documentos, (que hubiera sido negativa por cuanto no acredita que el Sr. Juan al que iban a operar era su padre) la actora se ausenta del puesto de trabajo y no es hasta la notificación de la papeleta de conciliación de 28 de febrero del 2011 que tiene la empresa noticia de la trabajadora; por ello debe declararse que en su conducta concurren las características de gravedad y culpabilidad que exige el Art. 54.2 ET para calificar como procedente el despido que se

base en tal incumplimiento, y no tanto por las ausencias reiteradas e injustificadas, sino sobretudo por la desobediencia expresa a las ordenes recibidas del empresario pues, como de forma tradicional mantiene el Tribunal Supremo, ante una orden cursada por la empresa todo trabajador estaba obligado a cumplirla, sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estimaba que atentaba a sus derechos, salvo que concurren circunstancias de peligrosidad o manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho.

En el presente caso, no concurriendo ninguna de dichas circunstancias, por cuanto se acredita que la necesidad de la empresa, en una época como la de la campaña de Navidad en estos tiempos, máxime dándole a la actora la posibilidad de tomar vacaciones el primero de enero, y luego sin aportar suficiente documentación como para cumplir los requisitos establecidos en el artículo 46.3 del ET resultando las ausencias injustificadas, ha quedado debidamente aseverado un incumplimiento contractual grave y culpable, resulta evidente que el comportamiento de la demandante encuentra adecuada subsunción dentro de la normativa contenida en los artículos 40 A 3 a) y b) del vigente Convenio Colectivo de Supermercados y autoservicios de Alimentación de la Provincia de Barcelon y 54, número 2, letras a) y b), del Estatuto de los Trabajadores. Por lo que la demanda debe ser desestimada, ante la prueba de la exactitud del contenido de la carta de despido, y declararse

la PROCEDENCIA del mismo de acuerdo con el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores al haberse acreditado graves incumplimientos contractuales por parte de la actora, los establecidos en el artículo 40 A 3 a) y b) del vigente Convenio Colectivo de Supermercados y autoservicios de Alimentación de la Provincia de Barcelona con las consecuencias contenidas en los artículos 55.7 del Estatuto de los Trabajadores y 109 de la Ley de Procedimiento Laboral, todos estos preceptos de acuerdo con la modificación efectuada por la Ley 11/94 de 19 de Mayo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta por DOÑA YOLANDA SALARIAL, en reclamación por DESPIDO debo declarar y declaro la PROCEDENCIA del mismo con los efectos contenidos en el artículo 55.7 del Estatuto de los Trabajadores.



LA INEPTITUD SOBREVENIDA DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

La ineptitud sobrevenida es uno de los conceptos jurídicos indeterminados que plagan nuestro ordenamiento, por lo que tenemos que acudir a la jurisprudencia y a la doctrina judicial para perfilar esta causa de despido objetivo.

En nuestra profesión, y más ahora con la situación de crisis que estamos viviendo, son numerosas las consultas que nos plantean nuestros clientes en este sentido pero, en realidad, ¿existe una forma “segura” para proceder al despido de un trabajador extranjero que pierde su autorización de trabajo? Literalmente el art.52 ET señala: “El contrato podrá extinguirse:

a. Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”.

Así, la Sentencia del TS de 2 de Mayo de 1990 define la ineptitud como “inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo”.

El Tribunal Supremo ha manifestado que no se debe incluir dentro del concepto de ineptitud los casos de imposibilidad legal

para desarrollar un trabajo, sin embargo, ha encuadrado en este concepto la pérdida o revocación de titulación o habilitación profesional, con independencia de la causa de pérdida de la misma.

Sobre los efectos de la ausencia de autorización para trabajar de los trabajadores extranjeros, los Tribunales venían manteniendo la doctrina según la cual, “un contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, merece la calificación de nulo, por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el artículo 7 c) ET”.

La consecuencia jurídica de esta doctrina judicial era que, en caso de despido, el trabajador extranjero carecía de acción para impugnar el despido, ya que un contrato nulo no genera ni derechos ni obligaciones para las partes.

Esta doctrina jurisprudencial fue abandonada a partir de la LO 4/2000 de Extranjería, primero por los Tribunales Superiores de Justicia y después por el propio Tribunal Supremo, pues aunque se sigue exigiendo autorización administrativa para trabajar, el artículo 36.5 señala que “la carencia de la autorización de residencia



y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”.

Por lo tanto, siempre que el trabajador extranjero disponga del pleno ejercicio de sus derechos civiles, podrá impugnar el despido ante los Tribunales españoles, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales en que puede incurrir el empresario, en cuanto sujeto

obligado a solicitar la autorización administrativa.

Destacar la especialidad que reviste la situación de residencia temporal (art.31 LO 4/2000). En estos casos, los efectos de la caducidad y no renovación de la autorización, cuando el contrato no esté vinculado a la duración de la misma, implica que la relación laboral es temporal y que se extinguirá con el vencimiento de la autorización conforme al artículo 49.1.c) ET.

No obstante, nos encontramos ante una materia muy controvertida en la que no existe consenso, de forma que:

- Un sector de la doctrina estima que cuando caduca la autorización administrativa para trabajar y el trabajador no obtiene la renovación, estamos ante un contrato válido que deja de serlo por nulidad sobrevenida a causa de la contravención de una norma imperativa y, en consecuencia, no procede indemnización alguna.

- Por el contrario, otros autores defienden como solución la extinción del contrato por incumplimiento de la condición a la que el ordenamiento jurídico condiciona la continuidad del mismo, aunque no se recoja expresamente en el artículo 49.1.b) ET.

Así, aunque en el contrato no exista cláusula que actúe como condición resolutoria y, menos aun, que esté vinculada con el mantenimiento

de la autorización administrativa, no será obstáculo para que pueda alegarse como causa justificativa de la extinción del contrato, ya que siendo la autorización administrativa de trabajo un requisito esencial para su validez y eficacia, desaparecida la misma, el contrato de trabajo pierde su naturaleza.

- Sin embargo, la solución más adecuada a nuestro entender, es extinguir el contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador extranjero (art.52.a) ET), entendida como la imposibilidad de trabajar por carencia de los requisitos legales que habilitan para la prestación laboral, siempre que el trabajador haya solicitado en tiempo y forma la renovación de la autorización para trabajar y ésta haya sido denegada por la Administración.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización, y que la presentación de la solicitud en ese plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento.



Alba Nieto Sandoval
Abogada

NAVARRO & ASOCIADOS ESTÁ FORMADA POR MÁS DE 30 PROFESIONALES QUE CUBREN DISTINTAS ÁREAS ECONÓMICAS Y LEGALES DE EMPRESAS DE TODOS LOS SECTORES.

Las oficinas del Bufete Navarro & Asociados están localizadas en:

VALENCIA

Cirilo Amorós, 51, ptas. 3 y 7
46004 VALENCIA
Telf. 963 517 119
Fax. 963 528 729
www.bnya.es

MADRID

Castelló, 82, 6º Izda
28006 MADRID
Telf. 915 599 112
Fax. 915 417 084
www.bnya.es

BARCELONA

Balmes 176, Entlo. 1a
08006 BARCELONA
Telf. 931 621 448
Fax. 931 621 446
www.bnya.es

BILBAO

Henao, 11, 1ª Planta
48009 BILBAO
Telf. 944 243 426
Fax. 944 243 552
www.bnya.es

Coordinadora de la Newsletter.

Laura Rodríguez Núñez, Navarro&Asociados
info@bnya.es

Dirección de la Newsletter

Bufete Navarro&Asociados Abogados
www.bnya.es



SI NO DESEA RECIBIR LA PRESENTE PUBLICACIÓN MENSUAL, ROGAMOS LO COMUNIQUE A LA SIGUIENTE DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO: info@bnya.es

ASIMISMO SI EXISTE ALGUIEN EN SU EMPRESA QUE NO LA RECIBE, Y DESEA QUE SE LA ENVIEMOS, PUEDE COMUNICARLO IGUALMENTE A ESA MISMA DIRECCIÓN DE E-MAIL.