

BOLETÍN ORECLA

ACTUALIDAD LABORAL **Sentencias**

Nº 10 - MAYO 2009

SUMARIO

DESPIDO

Pag.2. – Cómputo de caducidad: conciliación inicialmente archivada, posterior demanda judicial y nueva conciliación en subsanación.
Pag.3.- Despido improcedente de delegado sindical: opción entre readmisión o indemnización

LIBERTAD SINDICAL

Pag.3.- Garantía de indemnidad: pleitos previos contra la empresa.
Pag.3.- No reconocimiento de la experiencia profesional adquirida en el periodo que actuó como liberado.
Pag. 4. Vulneración del derecho a la libertad sindical en el marco de un ERE. Competencia orden contencioso-administrativo

DESEMPLEO

Pag.4.- Extranjero en situación irregular: periodos trabajados pero no cotizados.

SUCESIÓN DE CONTRATOS

Pag.4.- Consecuencias de una interrupción de 30 días entre contratos sucesivos sobre la continuidad de la relación laboral.

DESISTIMIENTO

Pag.5.- Durante el periodo de prueba es posible desistir del contrato de trabajo aunque se esté en situación de I.T.

INCAPACIDAD

Pag 5 – Trabajo a tiempo parcial durante el periodo de cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente.

Este Boletín ha sido elaborado por:
Secretaría ORECLA
Pasaje de Peña 4, 3º. 39008 SANTANDER

SENTENCIAS

DESPIDO

1. Cómputo de caducidad del despido: conciliación inicialmente archivada, posterior demanda judicial y nueva conciliación en subsanación, ésta fuera de plazo.

TS Unificación de Doctrina, 22-12-2008

El esquema temporal sobre el que resolvió la sentencia referida es el siguiente:

Despido:	28 de julio
Registro de la conciliación:	21 de agosto
Celebración de la conciliación con archivo por incomparecencia del actor:	29 de agosto
Registro de la demanda ante el Juzgado de lo Social:	29 de agosto
Nuevo registro de la conciliación:	30 de agosto
Celebración del acto de conciliación sin avenencia:	7 de septiembre

Esto es, el demandante no comparece a la conciliación, pero presenta ese mismo día demanda ante el Juzgado de lo Social, que advierte al demandante sobre la necesaria celebración o intento de celebración del acto de conciliación, requiriendo para su acreditación formal en el plazo máximo de 15 días. La nueva papeleta de conciliación se registró el 30 de agosto y en este caso sí llegó a celebrarse, el 7 de septiembre, con resultado de “sin avenencia”.

La problemática se basa en que la demanda se presentó ante el Juzgado *dentro del plazo* de caducidad exigido por el artículo 59 ET, en tanto que el registro y celebración de la conciliación sin avenencia se produjeron *con posterioridad* a dicho plazo de veinte días.

En primer lugar la sentencia resuelve sobre la conciliación inicialmente presentada, (lo fue en plazo pero con resultado de archivo por incomparecencia). En base al art. 65 LPL, la Sala entiende que esta primera papeleta no tiene efectos interruptivos del plazo de caducidad, ya que la Ley alude a que se tendrá por archivado todo lo actuado y por no presentada la papeleta de conciliación.

Sin embargo la demanda de despido se presentó ante el órgano jurisdiccional dentro del plazo exigido (*), y el Juzgado de lo Social admitió en tal plazo a trámite la demanda, advirtiendo al actor de la falta de conciliación y concediéndole plazo para su subsanación, lo que aquel hizo a continuación.

El TS se pronuncia en el sentido de que, a efectos de cómputo de la caducidad por despido, en todo caso *ha de estarse a la fecha de presentación de la demanda ante el Juzgado de lo Social*, con independencia de las consecuencias que ulteriormente puedan derivarse de la necesaria subsanación del defecto de falta de conciliación previa.

(*) A resaltar que la demanda judicial se registró el día hábil 21 siguiente al despido, pero acorde al art. 135.1 LEC y la Jurisprudencia del T.S. (STS 18-07-01 y 27-09-01) dentro de las quince horas siguientes al día del vencimiento del plazo de caducidad. Esta consideración es tenida en cuenta en la sentencia que nos ocupa.

2. Opción entre readmisión o indemnización en caso de un despido improcedente de un delegado sindical.

TS Unificación de Doctrina, 03-11-2008. Rec 4358/07.

Declarada la improcedencia del despido de un delegado sindical, corresponde a la empresa la opción de readmitir o indemnizar cuando se ha reducido el número de trabajadores del centro de trabajo por debajo de 250 trabajadores.

El Tribunal se basa en las siguientes razones:

- La empresa sólo está obligada a reconocer a los delegados sindicales las garantías y derechos establecidos (LOLS art. 10.2) de concurrir los presupuestos legales y con relación a un número concreto de delegados en atención a la dimensión de su plantilla.
- Los derechos, facultades y garantías de la LOLS son creación legal y deben ser ejercitados en su propio marco y de incumplirse los presupuestos legalmente exigibles, puede la empresa denegar su reconocimiento, como sucede en este caso, en que la disminución esencial del número de trabajadores en el centro impide la aplicación de la norma.
- A falta de pacto, no es posible aplicar por analogía las normas sobre subsistencia del mandato de los representantes unitarios, puesto que existen diferencias sustanciales entre ambos: la representación unitaria parte de la duración determinada del mandato electoral y la condición de delegado sindical depende de lo que se establezca en los estatutos sindicales o de los acuerdos adoptados en la propia sección sindical.

LIBERTAD SINDICAL

3. Garantía de Indemnidad: pleitos previos frente a la empresa.

TC 125/2008, de 20 de octubre.

El TC, Sala 2ª, analiza si se trata de un despido pluricausal (el que presenta indicios de lesión de un derecho fundamental pero en el que el empresario intentó probar que existió concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la medida extintiva).

Finalmente, descarta dicho extremo y considera efectivamente vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad por litigiosidad, ya que la empresa no acreditó la supuesta disminución de rendimiento durante los últimos meses.

Si quedó, en cambio, demostrado que a la trabajadora se le cambió el turno de trabajo e interpuso por ello una demanda que quedó suspendida unos días antes de la vista, dado que mantuvo una reunión con un responsable de la empresa sobre turnos y horarios, comentando entonces la actora su disposición a retirarla si se solucionaba el problema del cambio de turnos.

El TC considera vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al no acreditar la empresa los hechos que por si mismos explicasen de forma objetiva, razonable y proporcional su decisión y al no quedar eliminada toda sospecha de represalia frente a la actora.

4. Vulnera el derecho de libertad sindical la denegación del reconocimiento como experiencia profesional del periodo de tiempo en que éste actuó como liberado.

TC 137/2008, de 27 de octubre.

En este caso se somete a amparo una Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia de la Junta de Extremadura por la que se denegó al recurrente el reconocimiento como experiencia profesional del periodo de tiempo en que éste actuó como liberado sindical, a efectos de su cómputo como mérito en el concurso para la provisión de puestos de trabajo convocados.

El Tribunal otorga el amparo y considera que debe apreciarse la vulneración de la Constitución art. 28.1, pues el recurrente ha sufrido un menoscabo en su carrera profesional al no poder alegar como mérito, para su valoración en el concurso, el tiempo dedicado a realizar esas funciones específicas

representativas (por haberse considerado que la falta de prestación efectiva de servicios es incompatible con la experiencia exigida). Se le obliga, así, indirectamente, a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical ya que sólo reincorporándose a su puesto de trabajo podría optar a la aplicación de las bases de la convocatoria del concurso relativas a la evaluación de méritos del mismo modo que se aplican al resto de trabajadores.

En definitiva, el criterio del ejercicio efectivo de funciones utilizado por la Administración, debe considerarse lesivo de la garantía de indemnidad profesional y económica del recurrente, puesto que, por motivo de su actividad sindical, se le ha dado un trato diferente e injustificado en relación con el resto de trabajadores concursantes.

5. Vulneración del derecho a la libertad sindical en el marco de un expediente de regulación de empleo.

TS , Rec 101/06. fecha 03-02-2009.

Se trata de determinar la jurisdicción competente para conocer de una demanda de tutela de los derechos de libertad sindical derivada de la decisión empresarial de excluir a un sindicato de la mesa de negociación, en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo.

Tanto en el momento de iniciarse el proceso, como en el de dictar resolución, la competencia para la impugnación de las resoluciones administrativas en materia de regulación de empleo corresponde a juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo. Por el contrario, las pretensiones que no impliquen impugnación de la resolución administrativa, bien en su conjunto, bien en alguno de sus pronunciamientos, corresponde al orden social.

Por todo ello, si la violación de un derecho fundamental como el de libertad sindical se produce en el marco de un expediente de regulación de empleo, bien en su tramitación, bien en su resolución, cuyo control jurisdiccional esté atribuido al orden contencioso administrativo, la tutela jurisdiccional de ese derecho fundamental incumbe a esta jurisdicción.

PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA DE DESEMPLEO

5. Extranjero en situación irregular: periodos trabajados pero no cotizados.

TSJ Com. Valenciana 15-07-08, Rec 3349/07

TSJ Cataluña 08-07-08, Rec 2642/07

(NOTA: Diferentes sentencias en aplicación práctica de la Jurisprudencia del TS 18-03-08, Rec 800/07)

La Sentencia del TSJ valenciano concluye que el extranjero sin permiso de trabajo ni residencia, si finalmente obtiene autorización para residir y trabajar podría obtener futuras prestaciones de desempleo, pero sólo contando los periodos de cotización que vaya completando a partir de dicha autorización, no los previos. Esto es; los periodos de trabajo en situación irregular no generan derecho a prestación de desempleo alguna.

Sin embargo, el TSJ de Cataluña en la sentencia que reseñamos más arriba, considera cotizado a los efectos de acreditar periodo de carencia, el periodo previo a dicha autorización finalmente obtenida, dado que lo que considera relevante para reconocer o denegar el derecho a desempleo es tener la autorización a partir del hecho causante de la prestación. Desde ese momento, si existe la cotización requerida aunque sea previa, ya puede inscribirse como desempleado y acceder al mercado de trabajo.

Por su parte, el TS estableció en sus sentencias de 18-03-08 y de 12-11-08 que el extranjero que carece de las autorizaciones de residencia y de trabajo sólo genera derecho a prestaciones básicas, entre las que no se encuentra la prestación por desempleo. (Si carece de permiso de trabajo pero es titular de

autorización de residencia sí que tendría derecho al desempleo y a cualquier otra prestación de Seguridad Social, una vez cumpla para ello los mismos requisitos exigidos a un nacional).

SUCESIÓN DE CONTRATOS

6.- Consecuencias de una interrupción de 30 días entre contratos sucesivos sobre la continuidad de la relación laboral.

TS, Rec 3256/07. fecha 18/02/2009.

En este supuesto las partes suscribieron, en menos de 5 años, veinte contratos sin solución de continuidad o con interrupciones inferiores a 20 días hábiles, salvo en una ocasión que fue de 30 días, periodo que podría coincidir con las vacaciones.

El Tribunal Supremo reitera la doctrina de la unidad esencial del vínculo laboral, estimando que ha existido un solo contrato y que la antigüedad, a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente, debe computarse desde el primer contrato. La unidad esencial del vínculo laboral, por tanto, no se rompe ni con una interrupción de 30 días entre contratos sucesivos, ni tampoco con la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales.

En apoyo de esta solución, se hace referencia a la *Sentencia de 4 de julio de 2006, Caso Adeneler, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, donde se declara que "la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco Europeo sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 99/70/CE de 28 de junio) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional..... que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales", sentencia que sin duda avala la solución que se da al presente caso.

DESISTIMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA E I.T.

7.- Desistimiento durante el periodo de prueba: no supone despido improcedente

TS de 12/12/08, Rec 3925/07

El TS entiende que la facultad empresarial de desistir del contrato no queda enervada por la existencia durante el mismo del paréntesis que supone una I.T., y por ello concluye que no cabe hablar de despido improcedente.

INCAPACIDAD

8- Trabajo a tiempo parcial durante el periodo de cálculo de la base reguladora de la IP

-TS 10-3-09, Rec 347/08

La cotización a tiempo parcial en el periodo tomado en consideración para el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente, no es una verdadera situación de laguna de cotización, por lo que no se integran con bases mínimas.

Este caso se refiere a la determinación de la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente derivada de enfermedad común, y más concretamente si se integran con bases mínimas de cotización los meses en que aparecen bases inferiores debido a una relación laboral a tiempo parcial. Si bien las lagunas de cotización que se produzcan en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente, por existir meses durante los cuales no hubiera existido

obligación de cotizar, se integran con la base mínima (LGSS art.140.4); en este supuesto no se trata que no existiera la obligación de cotizar durante el periodo cuestionado, sino que las cotizaciones efectuadas durante el tiempo en el que se trabajó a tiempo parcial han de corresponderse con la retribución efectivamente percibida.

A este respecto, el TC entiende el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de seguridad social, el cual justifica que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de seguridad social se calculen en función de lo efectivamente cotizado.