

SUMARIO

- 1. DESPIDO POR ENFERMEDAD.**
- 2. INSCRIPCIÓN DE LOS RECIÉN NACIDOS COMO BENEFICIARIOS EN ASISTENCIA SANITARIA.**
- 3. DESPIDO DE UNA TRABAJADORA DURANTE UN TRATAMIENTO DE FECUNDACIÓN IN VITRO.**
- 4. RECARGO DE PRESTACIONES Y SUCESIÓN DE EMPRESAS.**
- 5. CONVENIOS COLECTIVOS.**

1. DESPIDO POR ENFERMEDAD.

La decisión de extinguir la relación laboral de un empleado que está de baja por incapacidad temporal, ya sea por enfermedad común, accidente laboral o enfermedad profesional, es una cuestión muy conflictiva en la que empiezan a existir pronunciamientos de diferente naturaleza.

DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO LABORAL

El ET, mediante su artículo 52, regula la extinción objetiva del contrato de los trabajadores por faltas de asistencia al trabajo.

Procede esta causa de extinción cuando el trabajador tenga faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen uno de los siguientes porcentajes:

- Faltas de asistencia que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles.
- Faltas de asistencia que alcancen el 25% de las jornadas hábiles en 4 meses discontinuos dentro de un período de 12 meses.

En cualquier caso, se exige que las faltas de asistencia sean intermitentes, de tal modo que un único período de ausencia, aun cuando sea prolongado, no justifica el recurso a esta causa de despido, sino que deben ser varias situaciones reiteradas, aun cuando se trate de recaídas, esto es, cuando se deban a la misma enfermedad o tengan el mismo diagnóstico.

El cómputo de los meses se realizará de fecha a fecha. No se computan como faltas de asistencia, mientras duren esas situaciones, las ausencias que sean debidas a:

- Huelga legal, por el tiempo de duración de la misma.
- Ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores.
- Accidente de trabajo.
- Maternidad.
- Riesgo durante el embarazo.
- Paternidad.
- Enfermedades causadas por el embarazo.
- Parto y lactancia.
- Licencias y vacaciones.
- Enfermedades o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos.
- Las motivadas por la situación física y psicológica derivada de la violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda.
- Tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Es decir, aunque la norma hable de de causas justificadas en general, las únicas que se computan finalmente, a efectos de esta causa de extinción del contrato, son las debidas a enfermedades no profesionales de menos de 20 días de duración, entendidos como días naturales, no laborales.

¿DESPIDO IMPROCEDENTE O DESPIDO NULO?

El artículo 55.5 del ET, establece que será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

También se considerará nulo, salvo en los casos en que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias, relacionados.

El artículo 45 del ET establece, de manera clara, que la incapacidad temporal es una causa de suspensión del contrato de trabajo. En cambio, no existe ninguna norma que establezca, expresamente, la calificación del despido de un trabajador que tiene una enfermedad pero respecto del cual no puede acreditarse incumplimiento contractual o concurrencia de causa objetiva para extinguir su relación laboral. En estos caso, debe determinarse si se trata de un despido improcedente (por no acreditar la causa) o nulo (por discriminatorio o por vulneración de los derechos constitucionales a la salud, la integridad física y moral o la garantía de indemnidad).

Analizando la doctrina judicial existente, tampoco encontramos una posición clara de los tribunales. Los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) defienden que el despido de un trabajador por su incapacidad temporal es nulo, bien por discriminatorio o bien por vulnerar el derecho a la integridad física y moral. El Tribunal Supremo (TS), sin embargo, considera que este despido es improcedente y no nulo.

En uno de sus pronunciamientos, la Sala 4ª del TS, mediante sentencia de 22 de noviembre de 2007, dictaminó despido improcedente, y no nulo, por cuanto el hecho de que el mismo se produjera mientras la demandante se encontraba de baja por enfermedad, no supone vulneración de un derecho fundamental, el de la vida e integridad física, tal y como la misma propone, sino violación del derecho a la salud que no es un derecho fundamental sino un principio rector de la política social y económica que, como tal, puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria, pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la ley.

Para el TS, la enfermedad no es equiparable a la discapacidad y, además, la enfermedad no está prevista expresamente entre las causas de discriminación del artículo 14.2 de la CE ni se puede considerar incluida entre las genéricas "*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*" de su inciso final.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ante una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social 33 de Madrid para que el primero se pronunciara sobre si el concepto de discapacidad englobaba la situación de enfermedad o discapacidad temporal, confirmó el criterio del TS.

La argumentación del TJUE es que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para su vida profesional y la enfermedad se justifica por su carácter temporal (en contra del carácter permanente de la discapacidad), no siendo ambos conceptos equiparables.

Cabe destacar dos afirmaciones contenidas en el fallo del Tribunal: *"una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general de la Directiva"* y *"la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación"*.

Incluso el Tribunal Constitucional (TC), mediante su sentencia 62/2008, ha coincidido con la interpretación del TS y ha afirmado que: *"Una decisión de despido basada en la pretendida incapacidad para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye por sí misma una decisión discriminatoria"*.

En principio, el criterio era bastante unánime en esta materia, hasta la sentencia del TJUE, de 11 de abril de 2013, que constituye el primer pronunciamiento de este tribunal donde se efectúa una aplicación de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la que la Unión Europea es parte.

Esta sentencia sirve para determinar la relación entre la simple enfermedad y la discapacidad en el contexto de la Directiva 2000/78/CE, así como para establecer una definición uniforme de discapacidad vinculante para los 28 Estados miembros. El TJUE considera que el concepto de discapacidad abarca la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional.

Esta sentencia del TJUE ya ha tenido repercusión en nuestros tribunales, siendo aplicada para resolver la nulidad por discriminación del despido de una trabajadora enferma, asimilando enfermedad a discapacidad. Se trata de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 que trataba el despido de una trabajadora que sufría migraña crónica.

2. INSCRIPCIÓN DE LOS RECIÉN NACIDOS COMO BENEFICIARIOS EN ASISTENCIA SANITARIA.

La Seguridad Social ha incorporado en su página web <https://tu.seg-social.gob.es> la posibilidad de que los padres den de alta a sus hijos recién nacidos como beneficiarios de asistencia sanitaria desde cualquier terminal informático. También se podrá reincorporar a quienes en el pasado hubieran sido beneficiarios de asistencia sanitaria con el titular.

El nuevo servicio permite a los progenitores, titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública, la incorporación de sus bebés recién nacidos como beneficiarios del derecho de forma inmediata y sin tener que desplazarse a una oficina de la Seguridad Social.

Para realizar el trámite, tan sólo hay que acceder a la web y firmar electrónicamente la petición

mediante certificado digital o a través de cl@vefirma, sin necesidad de aportar ningún documento adicional; es la Seguridad Social quien recaba la información sobre el niño en el Registro Civil.

Por otra parte, este servicio también admite la reincorporación como beneficiaria del titular a cualquier persona que ya lo hubiera sido en el pasado y que por algún motivo hubiera dejado de serlo.

Además del certificado digital, las solicitudes presentadas en esta web pueden obtenerse a través de cl@vefirma. Este nuevo sistema en la Administración Pública permite realizar la firma desde cualquier dispositivo ya que está alojado en un servidor centralizado y no en el equipo del usuario. La firma, en este caso, se puede generar desde la misma web en la que se irá guiando al ciudadano hasta que el trámite esté finalizado.

3. DESPIDO DE UNA TRABAJADORA DURANTE UN TRATAMIENTO DE FECUNDACIÓN IN VITRO.

El TSJ de Catalunya, mediante sentencia del pasado 19 de noviembre, ha desestimado el recurso de suplicación interpuesto por la empresa condenada contra la sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona de 7 de abril de 2.015, que calificó como nulo el despido de una trabajadora durante un tratamiento de fecundación in vitro.

La trabajadora solicitó la nulidad del despido al entender que el proceso de fecundación "in vitro" debe ser equiparable a un embarazo real. Subsidiariamente, solicitó dicha calificación por vulneración del derecho fundamental a no discriminación por razón de sexo, alegando que el despido es una reacción de la empresa a la decisión de la demandante de quedarse embarazada mediante el sistema de fecundación "in vitro".

La primera petición fue rechazada, puesto que la intención de la demandante de quedarse embarazada a través de un programa de fecundación "in vitro" no puede generar la declaración de nulidad objetiva de un despido, dado que no resulta de aplicación la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en el sentido establecido en el artículo 55 del ET.

En cambio, en el caso del previo conocimiento por parte de la empresa del tratamiento de fertilidad al que estaba siendo sometida la trabajadora demandante, la cronología de los hechos hace que sea el empresario el que deba probar que la decisión disciplinaria resulta extraña a la vulneración de un derecho fundamental de su trabajadora; manteniéndose, en consecuencia, el principio de que el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo.

La ausencia de una causa que justifique el despido, unido al conocimiento de la empresa de someterse al tratamiento de fertilidad, es lo que la sentencia de instancia considera como elementos justificativos para calificar el despido como nulo.

Y este criterio debe ser confirmado, partiendo de los hechos probados, pues, por un lado, no está probado cuál es la causa del despido, ni el mismo obedece a causa disciplinaria, pese a que, en la comunicación escrita, se aluda de forma escueta a un posible bajo rendimiento, que ni siquiera se califica como tal. Al respecto cabe afirmar, de acuerdo con la doctrina constitucional, que, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una

conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo.

4. RECARGO DE PRESTACIONES Y SUCESIÓN DE EMPRESAS.

La Sala 4ª del Tribunal Supremo (TS) , mediante sentencia del pasado 13 de octubre, ha desestimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, contra la sentencia de instancia que la condenaba a asumir un recargo de prestaciones por la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas en la enfermedad profesional del trabajador y el incremento del 50% en las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente.

La cuestión que a resolver en el recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en decidir si resulta responsable del recargo por falta de medidas de seguridad una empresa que sucedió, años después del reconocimiento de la prestación de Seguridad Social sobre la que incide dicho recargo, a aquella en la que prestó servicios el trabajador.

El Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina contenida en su anterior sentencia, de fecha 23 de marzo de 2015, estima que esa transmisibilidad es posible, aunque el trabajador causante de las prestaciones nunca hubiese prestado servicios en la empresa sucesora, una vez que se haya constatado ese incumplimiento de las medidas de prevención, así como la aparición de la contingencia generadora de la correspondiente prestación, aunque la sucesión se hubiese producido con posterioridad al reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, sobre la que incide el recargo.

Para el TS, el artículo 127.2 de la ya derogada Ley General de Seguridad Social (LGSS 1/1994), precepto sustituido en la actualidad por el art. 168.2 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, establece que el adquirente ha de responder solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, considerando el TS que la expresión "causadas" recoge tanto los recargos de prestaciones ya reconocidas antes de dicha sucesión, como también las que se encuentren en fase de reconocimiento (*in fieri*) a la fecha del cambio empresarial.

Conforme a la sentencia de 23 de marzo de 2015 que tiene en cuenta la jurisprudencia comunitaria contenida en la sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2015 (Asunto C-343/13), en los casos de sucesión de empresas se produce la transmisión de la responsabilidad de la empresa sucedida por incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo, la cual no solo opera respecto de las prestaciones causadas en el momento de producirse la fusión, sino también respecto de las que estén pendientes de reconocer y de las que se estén generando, con independencia de que la fecha de su reconocimiento sea posterior a la fecha de la sucesión.

Además, la transmisión de la responsabilidad del recargo opera no solo en los casos de fusión por absorción (como es el supuesto que se analiza en la sentencia), sino que se extiende a los casos de fusión por constitución, a los casos de escisión, a todos los fenómenos de transformación y, en general, a cualquier supuesto de cesión global de activos y pasivos desde la empresa sucedida a la sucesora.

Antes de acudir al TS, la empresa condenada había presentado recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que fue desestimado mediante Sentencia, de 22 de abril de 2014 declarando la transmisibilidad del recargo de las prestaciones de Seguridad Social, en los supuestos de sucesión de empresas, puesto que, en caso contrario, se estaría dando lugar a una fácil elusión de las responsabilidades de recargo en las empresas que, a causa del incumplimiento de las medidas preventivas, hubiesen dado lugar a la aparición o agravación de enfermedades profesionales que, como es el caso de la asbestosis pulmonar, solo se evidencia a lo largo del

tiempo.

El recurso de casación para la unificación de doctrina presentado ante el TS, considera infringidos los artículos 44 del ET y el artículo 127 de la LGSS 1/1994, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2011, en la que en un supuesto semejante (trabajador aquejado de una enfermedad profesional, agravada por un incumplimiento de las medidas preventivas por parte de una empresa, que es sucedida por otra), se excluye la sucesión en la responsabilidad del recargo, teniendo en cuenta que la sucesión empresarial se había producido después del cese del trabajador en la primera empresa y antes de que se reconociese la contingencia profesional.

Tal y como se recoge en los fundamentos de derecho de la sentencia, el TS ya había modificado su doctrina anterior (sobre la no transmisión de la responsabilidad del recargo), habida cuenta, entre otras consideraciones, de los criterios contenidos en la sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2015, que obligaba, dada la primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o la jurisprudencia de los tribunales de los Estados miembros en la aplicación de disposiciones comunitarias, a revisar los criterios que había mantenido previamente el propio TS.

En los casos de sucesión de la titularidad de empresa, el artículo 127.2 de la LGSS 1/1994 (actualmente, art. 168. 2 de la LGSS) establece la responsabilidad solidaria del adquirente con el anterior (o sus herederos) respecto de las «prestaciones causadas» antes de la sucesión, la expresión «causadas» no ha de interpretarse en un sentido formal o restrictivo, de modo que solamente se aplicase a las ya reconocidas con anterioridad a la subrogación, sino considerando una interpretación material, identificando las prestaciones causadas con prestaciones «generadas», puesto que la misma es la más adecuada a las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales, dado su carácter insidioso y de manifestación tardía, en relación con la fecha en que se contrae la enfermedad.

5. CONVENIOS COLECTIVOS.

CONVENIOS COLECTIVOS INTERPROVINCIALES PUBLICADOS ENTRE EL 16 DE DICIEMBRE Y EL 15 DE ENERO DE 2016.

Ámbito funcional	Tipo	Boletín
Cajas y entidades financieras de ahorro.	PR	BOE 18/12/2015
Corcho.	AC	BOE 18/12/2015
Grúas móviles autopropulsadas.	PR	BOE 18/12/2015
Industria química.	CE	BOE 18/12/2015
Grandes almacenes.	SE	BOE 2/01/2016

CONVENIOS COLECTIVOS DE ÁMBITO PROVINCIAL Y AUTONÓMICO PUBLICADOS ENTRE EL 16 DE DICIEMBRE Y EL 15 DE ENERO DE 2016.

Territorio	Ámbito funcional	Tipo	Boletín
Álava	Transporte de mercancías por carretera y agencias de transporte.	RS	BOTHA 21/12/2015
Albacete	Industrias de panadería.	CC	BOP 30/12/2015
	Construcción y obras públicas.	CA	BOP 4/01/2016
	Hostelería.	CC	BOP 8/01/2016
	Industrias de ebanistería, carpintería y afines.	PR	BOP 8/01/2016
	Obradores de confitería, pastelería y masas fritas.	CC	BOP 8/01/2016
Alicante	Preparadores de especias, condimentos y herboristería.	CE	BOP 22/12/2015
	Industrias de madera y corcho.	AC	BOP 31/12/2015
	Industrias de mármoles, piedras y granitos.	CA	BOP 31/12/2015
Asturias	Construcción y obras públicas.	CA	BOPA 18/12/2015
Barcelona	Confitería, pastelería y bollería.	CC	BOP 28/12/2015
	Empresas de bebidas refrescantes, jarabes y horchatas.	CC	BOP 5/01/2016
	Mayoristas de frutas, verduras, hortalizas, plátanos y patatas.	CC	BOP 5/01/2016
Bizkaia	Comercio textil.	CC	BOB 23/12/2015
Burgos	Construcción y obras públicas.	CA	BOP 22/12/2015
	Derivados del cemento.	CC	BOP 29/12/2015
	Industria siderometalúrgica.	CA	BOP 7/01/2016
	Peluquería de señoras.	CC	BOP 7/01/2016
	Envasado y preparación de especias naturales, condimentos y herboristería.	CC	BOP 13/01/2016
Cáceres	Derivados del cemento.	CA	DOE 14/01/2016
	Construcción y obras públicas.	CA	DOE 15/01/2016
Cádiz	Comercio del metal.	CC	BOP 30/12/2015
Cantabria	Construcción y obras públicas.	CA	BOC 7/01/2016
	Derivados del cemento.	CA	BOC 7/01/2016

Castellón	Industrias de construcción, obras públicas e industrias auxiliares, mármoles y piedras.	RS	BOP	29/12/2015
Cataluña	Enseñanza y formación no reglada.	CC	DOGC	16/12/2015
	Enseñanza privada reglada no concertada.	RS	DOGC	8/01/2016
	Clubes de Natación.	PR	DOGC	11/01/2016
Ciudad Real	Construcción y obras públicas.	CA	BOP	18/12/2015
	Derivados del Cemento.	RS	BOP	18/12/2015
C Valenciana	Derivados del cemento.	CA	BOP	8/01/2016
Cuenca	Construcción y obras públicas.	CA	BOP	16/12/2015
Galicia	Universidades Públicas.	AC	DOGA	13/01/2016
Girona	Industrias siderometalúrgicas.	RS	BOP	30/12/2015
Granada	Derivados del cemento.	CA	BOP	11/01/2016
Guadalajara	Construcción y obras públicas.	CA	BOP	1/01/2016
Huelva	Corporación Prácticos del Puerto y Ría de Huelva, S.L.P. Campo.	AC	BOP	16/12/2015
		CE	BOP	8/01/2016
Huesca	Construcción y obras públicas.	CA	BOP	21/12/2015
	Pastelería, bollería, galletas, repostería, elaboración de productos de confitería, de chocolate, platos cocinados, pastelería salada y heladería artesanal.	PR	BOP	30/12/2015
Illes Balears	Industria de la madera y el mueble.	CA	BOIB	24/12/2015
La Rioja	Edificación y obras públicas.	CA	BOR	23/12/2015
León	Edificación y obras públicas. Siderometalúrgico.	CA	BOP	5/01/2016
		CC	BOP	14/01/2016
Lugo	Comercio de materiales de construcción y saneamiento.	CA	BOP	2/01/2016
	Edificación y obras públicas.	CA	BOP	2/01/2016
	Materiales y prefabricados de la construcción.	CA	BOP	2/01/2016
Madrid	Comercio de recambios-neumáticos y accesorios de automóviles.	RS	BOCM	26/12/2015
	Construcción y Obras Públicas.	CC	BOCM	26/12/2015
	Industria, servicios e instalaciones del metal.	CC	BOCM	2/01/2016
	Transporte de mercancías por carretera y operadores de transporte.	SE	BOCM	5/01/2016
	Construcción y Obras Públicas.	CA	BOCM	15/01/2016
Málaga	Transportes de mercancías por carretera, agencias de transportes y despachos centrales y auxiliares.	RS	BOP	4/01/2016
Murcia	Oficinas y despachos.	RS	BORM	17/12/2015
País Vasco	Comercio.	AC	BOPV	5/01/2016
Palencia	Transporte de viajeros por carretera.	CC	BOP	28/12/2015
	Comercio del metal.	AC	BOP	30/12/2015
	Comercio en general.	AC	BOP	31/12/2015
Pontevedra	Construcción.	CA	BOP	30/12/2015
	Rematantes y aserraderos de madera.	CA	BOP	30/12/2015
	Carpintería de ribera.	CA	BOP	4/01/2016
	Rematantes y aserraderos de madera.	CC	BOP	4/01/2016
	Carpintería, ebanistería y actividades afines.	CA	BOP	5/01/2016
	Construcción.	RS	BOP	7/01/2016
	Mármoles y piedras.	CA	BOP	8/01/2016

Salamanca	Oficinas y despachos.	CC	BOP	17/12/2015
Santa Cruz de Tenerife	Construcción.	CA	BOP	16/12/2015
Soria	Industrias siderometalúrgicas.	CA	BOP	18/12/2015
	Construcción y obras públicas.	CA	BOP	21/12/2015
Teruel	Construcción y obras públicas.	CA	BOP	5/01/2016
	Madera.	CA	BOP	5/01/2016
Toledo	Construcción y Obras Públicas.	CA	BOP	26/12/2015
	Derivados del cemento.	CA	BOP	26/12/2015
Valencia	Canteros, marmolistas y granitos naturales.	CA	BOP	17/12/2015
	Construcción y obras públicas.	CA	BOP	17/12/2015
	Comercio de actividades diversas.	CC	BOP	30/12/2015
	Construcción y obras públicas.	RS	BOP	30/12/2015
Zamora	Comercio de alimentación.	AC	BOP	18/12/2015
	Construcción, obras públicas y derivados del cemento.	CA	BOP	11/01/2016
	Vid, Cervezas y Bebidas Alcohólicas.	CC	BOP	11/01/2016
Zaragoza	Construcción y obras públicas.	CA	BOP	2/01/2016

AC: Acuerdo **CA: Calendario laboral** **CC: Convenio Colectivo** **CE: Corrección errores**
DE: Denuncia **ED: Edicto** **EX: Extensión** **IM: Impugnación** **LA: Laudo** **NU: Nulidad**
PA: Pacto **PR: Prórroga** **RE: Resolución** **RS: Revisión salarial** **SE: Sentencia**