



CIRCULAR LABORAL 7/2018

3 de abril de 2018

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: ABRIL 2018.

1. TRIBUNAL SUPREMO

Acceso al ordenador de un trabajador y a su correo electrónico corporativo: actuación adecuada a derecho. Admisión como prueba de los mails aportados por la empresa en que se acredita actuación fraudulenta de su empleado.

Aunque por razones temporales en la instancia no se puede tener en cuenta la sentencia del TJUE “Caso Barbulescu” -la cual ya comentamos en una de nuestras Circulares anteriores-, sí aprovecha ahora el Supremo sus argumentos para confirmar la validez y legitimidad, como medio probatorio, del examen del ordenador de un trabajador. De un lado, porque en la empresa existe una concreta normativa que limita el uso de los ordenadores a los estrictos fines laborales y prohíbe su utilización para cuestiones personales; y de otro, porque al acceder los trabajadores a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a tal acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex. En estas normas se indica expresamente que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de sus empleados. Es decir, el trabajador conocía que no podía utilizar el ordenador para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de esta directriz.

Se da la circunstancia de que se procedió al examen del ordenador tras el «hallazgo casual» de fotocopias de ciertas transferencias bancarias irregulares, efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador; también expresamente prohibido en el Código de Conducta de la empresa y que fue el imputado en la carta de despido.

El examen del correo electrónico no fue genérico e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, utilizando palabras clave y el contenido extraído se limitó a los correos relativos a las transferencias bancarias controvertidas, y siempre desde el servidor de la empresa, no directamente desde el ordenador del trabajador.

Llegados a este punto aborda el Supremo la ponderación entre el derecho del trabajador a que se le respete su vida privada y correspondencia, y el derecho de la empresa a comprobar que la actividad profesional de sus empleados es ejercida con corrección y se adecua a sus directrices. Y la conclusión a la que llega es que el acceso al correo electrónico cumple con el debido equilibrio al ser muy limitado el grado de intromisión del empresario y existir una legítima razón justificativa de la monitorización. Por tanto, se atribuye plena validez a la prueba derivada del examen del correo electrónico del ordenador del trabajador, confirmando la procedencia del despido disciplinario.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 119/2018, 8 febrero 2018. Rec. 1121/2015

2. TRIBUNAL SUPREMO.

Permisos o licencias retribuidas: si el hecho causante del mismo sucede en día feriado/festivo para el trabajador el inicio del permiso se produce el primer día laborable del empleado.

El Alto Tribunal procede a modificar la doctrina existente hasta el momento en relación a cuál debe ser el día de inicio de un permiso retribuido si el hecho causante del mismo concurre en una jornada en que, según calendario laboral, el empleado no debe prestar servicios.

Si hasta la fecha el criterio era que el permiso se inicia el día en que sucede el suceso que justifica la solicitud de permiso (operación, nacimiento de hijo, ingreso hospitalario de un familiar, etc...) esta nueva sentencia que destacamos viene a indicar que ello no debe ser así y, de este modo, si el hecho causante concurre un día en que el trabajador no debe trabajar, ese permiso se inicia el primer día laborable siguiente. Por lo tanto, el denominado “dies a quo” o, día de comienzo, varía.

Veamos unos simples ejemplos prácticos que aclararán esta cuestión:

- El martes un empleado ha trabajado hasta las 14:00 horas. Ya en su casa conoce del fallecimiento de su abuela ese día. Por este hecho, su convenio prevé dos días de permiso retribuido. Los dos días de permiso serían el miércoles y el jueves.
- Mismo caso anterior, pero el miércoles el trabajador tenía día de libranza y por lo tanto no trabajaba. Los dos días de permiso serían el jueves y viernes.

- Otro ejemplo: el trabajador contrae matrimonio un sábado. Su descanso semanal precisamente ocupa ese mismo sábado y el domingo. El inicio del permiso por matrimonio de 15 días será el lunes siguiente.

En resumen, a partir de ahora los permisos retribuidos se iniciarán el primer día en que el trabajador deba prestar servicios.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 145/2018, 13 febrero 2018. Rec. 266/2016

3. TRIBUNAL SUPREMO

Es discriminatorio negar el alta en Seguridad Social a una embarazada previamente seleccionada para cubrir una interinidad.

Aportamos una sentencia de la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo que por su vinculación al ámbito laboral creemos oportuno comentarla.

Concretamente la indicada sala del Tribunal Supremo considera discriminatoria una resolución de la TGSS que anuló el alta de una enfermera seleccionada de una bolsa de trabajo y que había sido contratada para cubrir una interinidad pero que no pudo iniciar la actividad laboral por encontrarse en situación de riesgo por embarazo. Obró la Administración infringiendo el principio de no discriminación por razón de sexo.

Señala la Sala que, aunque efectivamente el alta se vincula al inicio de la actividad, también debe vincularse a toda “situación conexas” que sea asimilable a aquella, lo que sin duda acontece en este caso pues a la trabajadora le correspondía la sustitución, siguiendo el orden de la bolsa de trabajo, y fue nombrada para el puesto. Las normas sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, no avalan la baja de la trabajadora solo por estar embarazada y en situación de riesgo, ni de ellas puede deducirse sin más que solo por el hecho de no poder iniciar la prestación de servicios, cuando ya había sido seleccionada de la bolsa de trabajo y se había procedido a su nombramiento, carezca de aptitud.

Considerar que la mujer embarazada en situación de riesgo por embarazo no tiene aptitud ni capacidad para ser contratada, porque necesita haber iniciado la actividad laboral, supone negar la plena integración de la mujer embarazada, a todos los efectos, en una bolsa de trabajo, pues llegado su turno, siendo seleccionada, nombrada y contratada, se impidió su alta laboral solo por concurrir una situación de riesgo por embarazo que impidió iniciar la prestación de servicios.

Para el Supremo, esta decisión resulta manifiestamente discriminatoria por razón de sexo al truncar, sin mayor motivo que el embarazo, las posibilidades laborales, situando a la mujer en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad en general y al embarazo en particular, cuando precisamente el reconocimiento del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de sexo, así como su protección y garantías, están concebidos para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo significativo la posición laboral de la mujer por causa de la maternidad.

Todo ello en una interpretación de los arts. 134 TRLGSS 1994 y 7 RD 84/1996 coherente con la jurisprudencia del TS, TC y TJUE en relación con el principio de no discriminación de las mujeres trabajadoras por circunstancias relacionadas con la maternidad.

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 292/2018, 26 Feb. Recurso 1036/2017

4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA.

El control del trabajador vía GPS exclusivamente es válido durante su jornada laboral.

Cuando la utilización de los datos obtenidos de un GPS instalado en un vehículo de empresa puesto a disposición del trabajador lo es para una finalidad distinta a la que le es propia, se vulneran derechos fundamentales y el despido fundamentado en aquellos datos es nulo.

En el caso, el dispositivo de localización por GPS tenía por finalidad garantizar la seguridad y coordinación de los trabajos de una supervisora de puesto de venta, y solo podía usarse por la empresa para la comprobación del cumplimiento de los deberes laborales de aquélla, pero no en relación a tramos horarios ajenos a la jornada laboral, para los que la empresa no estaba autorizada.

El despido, basado en los datos obtenidos por el sistema de geo-posicionamiento, se centró en el hecho de que la supervisora había incumplido la prohibición de usar el vehículo para fines ajenos a la actividad laboral, ya que el GPS registró una intensa utilización del coche de empresa en un fin de semana y también durante una baja médica. Se adjunta a la carta de despido un informe de utilización del vehículo con expresión de las fechas y tiempos de utilización, distancias recorridas y velocidades máximas alcanzadas, algunas de ellas superando la velocidad máxima legal.

Pero las facultades empresariales de control están limitadas por los derechos fundamentales, de modo que el tratamiento de datos personales de un trabajador no puede ser utilizado contra él sin una información previa.

Es cierto que a la trabajadora se le informa de que su vehículo dispone de un dispositivo de localización por GPS, pero a renglón seguido, se añade que ello es *“para garantizar la seguridad y coordinación de los trabajos”*, única y exclusivamente.

En la medida en que el dispositivo GPS registra cuando arranca y se detiene el vehículo y donde se encuentra físicamente, y aunque puede ser un medio adecuado y proporcionado de vigilancia y control, deja de serlo cuando su utilización afecta a la intimidad personal registrando movimientos del vehículo fuera de la jornada laboral porque en este tiempo el trabajador ya no está bajo el poder de dirección del empresario.

Por todo ello, el TSJ declara nulo el despido al haberse basado en pruebas que vulneran derechos fundamentales del trabajador, en particular, su derecho a la intimidad, sin que la empresa demandada haya acreditado que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de tal derecho.

TSJ Andalucía, Sala de lo Social, Sentencia 2269/2017, 19 oct. Rec. 1149/2017.

5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA.

No cabe recuperar el descanso semanal cuando se ha estado de baja médica.

Todos los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio, preferiblemente en fin de semana, tal y como con carácter general prevé el art. 37.1 ET, pero en los sectores de comercio y hostelería ese medio día se puede acumular en períodos de hasta cuatro semanas.

Un trabajador de un gran centro comercial que estuvo de baja durante dieciocho días, solicita que pueda recuperar después de su reincorporación, el descanso semanal al que tenía derecho.

Pero el TSJ, al igual que hizo el Juzgado, no acoge su pretensión. El Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes que resulta aplicable reconoce el derecho a disfrutar de un descanso semanal de día y medio ininterrumpido, y como excepción, establece reglas específicas que permiten su devengo por periodos de cuatro semanas y la posibilidad de disfrute fraccionado, así como un derecho mínimo a disfrutar 5 fines de semana cuando concurren determinadas circunstancias.

Pero esta previsión convencional respecto al descanso se refiere al descanso semanal que se regula en el artículo 37.1 ET, distinto al derecho a vacaciones anuales, lo que hace que no sea extrapolable la doctrina del TJUE que el trabajador invoca en su demanda porque el descanso semanal no disfrutado por haber permanecido en situación de IT no es recuperable.

A mayores, ni siquiera concreta el trabajador los días trabajados en el año, ni los descansos disfrutados y sus fechas de disfrute, lo que haría imposible determinar qué descanso le corresponde al devengarse el descanso semanal en atención al trabajo desarrollado semanalmente. Y aun no siendo la pretensión articulada en la demanda, por la falta de los datos precisos, tampoco sería posible determinar si se conserva el derecho al descanso semanal devengado por los días trabajados antes de iniciarse la situación de IT.

Cuando no se prestan servicios, por ejemplo, por estar el trabajador en situación de incapacidad temporal, no se devenga el derecho al descanso

TSJ Murcia, Sala de lo Social, Sentencia 905/2017, 18 oct. Rec. 116/2017.

*Departamento Laboral y de Seguridad Social
Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral
Email: ortegaf@ortega-condomines.com*