



CIRCULAR LABORAL 22/2019

2 de Diciembre de 2019

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: DICIEMBRE 2019.

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Constitucional avala los despidos por absentismo laboral reiterado aunque esté justificado (art. 52 d ET.): considera que la regulación del ET concilia el derecho al trabajo con la defensa de la productividad.

Antes de proceder a comentar esta relevante y “mediática” sentencia, destacar que muy recientemente Eduardo Ortega Figueiral publicó un breve video práctico a este respecto en la última newsletter de *CISSLABORAL (Grupo Wolters Kluwer)* que hemos entendido interesante incorporar a la presente Circular. A continuación adjuntamos link con el acceso directo al citado video:

<https://www.ortega-condomines.com/despido-por-absentismo-efectos/>

A continuación, desarrollo “escrito” del comentario a la Sentencia:

El Pleno del Tribunal Constitucional ha avalado el despido por causas objetivas de los empleados que falten de manera intermitente al trabajo, aun por motivos justificados, siempre que acaben estando fuera de su puesto el 20% de las jornadas durante dos meses consecutivos.

Por 8 votos frente a 4, el TC ha desestimado una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social de Barcelona, que consideró que la norma que permite despedir al trabajador que incurra repetidamente en absentismo laboral podría vulnerar los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral), 35.1 (derecho al trabajo) y 43.1 (deber de los poderes públicos de tutelar la salud pública) de la Constitución.

La norma sobre la que el TC se ha pronunciado es el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, según el cual un contrato de trabajo podrá ser extinguido "por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses".

El precepto no considera faltas de asistencia computables a efectos de ese despido las ausencias del trabajador en determinados supuestos: ejercer el derecho a la huelga, desarrollar actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo; maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia; enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia; paternidad, licencias y vacaciones.

Tampoco se pueden computar como faltas de asistencia las que se deben a una enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género acreditada por los servicios sociales o de salud.

En ningún caso se consideran faltas de asistencia las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Para el Juzgado promotor de la cuestión, la regulación legal del despido objetivo por absentismo sería inconstitucional en la medida en que puede condicionar la conducta del trabajador y forzarle a acudir al puesto de trabajo, aun sin encontrarse en adecuadas condiciones físicas o emocionales, por el temor a exceder los índices de absentismo, en detrimento de su salud.

El TC no le ha dado la razón. La sentencia respaldada por el Pleno, redactada por el magistrado Andrés Ollero, considera que la minuciosa y cuidada regulación por la que ha optado el legislador compagina adecuadamente los derechos concernidos: de un lado, el derecho al trabajo y a la salud del empleado y, de otro, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que garantiza el artículo 38 de la Constitución.

Este precepto, además, encomienda a los poderes públicos la protección de la libertad empresarial y la defensa de la productividad, que puede verse seriamente afectada si el empresario se ve obligado a soportar constantes bajas intermitentes de trabajadores por encima de los niveles de absentismo señalados en el Estatuto de los Trabajadores.

Sentencia TC de 16 de octubre de 2019 (Cuestión de inconstitucionalidad 2960/2019).

2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

No se vulneró la intimidad de las cajeras de supermercado al instalar cámaras tras las sospechas de robo.

El TEDH ha dictado sentencia en relación con el caso López Ribalda y Otros contra España, suceso donde unas cajeras fueron despedidas tras ser grabadas robando por las cámaras de seguridad. En su resolución, el Tribunal niega la existencia de violación respecto al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al respeto a la privacidad y vida familiar.

En este caso las recurrentes son un conjunto de cinco trabajadoras de una conocida cadena de supermercados con centros en todo el territorio nacional (Mercadona). En el año 2009, las empleadas trabajaban como cajeras en esa cadena. Después de notar ciertas irregularidades entre el stock de la tienda y las ventas, provocando pérdidas durante los últimos cinco meses por valor total de más de 80 mil euros, el encargado decidió instalar cámaras de seguridad, parte de las cuales eran visibles y otras de ellas estaban escondidas.

Al poco de tiempo de su instalación, pudo comprobarse como las empleadas se dedicaban a robar distintos productos, lo que propició el despido de hasta 14 trabajadores por motivos disciplinarios, donde se aportaba el vídeo con la prueba irrefutable del robo. Como consecuencia de esa actuación y medios utilizados para justificar los hechos por parte de la empresa, las trabajadoras denunciaron una violación de su privacidad, alegando que las grabaciones no tenían validez como prueba en juicio.

Los tribunales de instancia, teniendo en cuenta la doctrina constitucional, consideraron que no había habido ninguna violación de su derecho a la vida privada, otorgando total validez a las pruebas. Por otro lado, la causa de otras tres empleadas fue descartada al haber firmado con la empresa un acuerdo aceptando su culpa a cambio de no comenzar un proceso ante los tribunales.

En su decisión, los tribunales españoles se basaron en sentencias anteriores del Tribunal Constitucional donde se apoyaba el derecho del empresario para la videovigilancia.

En este sentido, la sentencia 39/2016 del Tribunal Constitucional (rec. 7222/2013) desestimó el recurso de amparo de una dependiente de una cadena de tiendas de moda sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. En la resolución se estableció que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas para seguridad o control laboral, por tratarse de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral, conforme con el art. 20.3 TRLET. No puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE cuando la trabajadora cuenta con información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo.

En su demanda, las trabajadoras denunciaban una violación del artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y art. 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo).

En su sentencia del 9 de enero de 2018, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aprobó por seis votos contra uno que se había producido una violación del artículo 8, mientras que por unanimidad se rechazó violación alguna del artículo 6.

El TEDH observó que las grabaciones impugnadas no fueron las únicas pruebas en las que se basó el juzgado de instancia para declarar la procedencia de los despidos, añadiendo las declaraciones testimoniales. Por ello, estableció que material grabado en secreto no se opone a las exigencias de equidad garantizadas por el artículo 6.1 del Convenio. Por otro lado, el Tribunal sí concedió 4.000 euros a cada demandante en concepto de daños morales.

A mediados del pasado año, la Gran Sala del TEDH aceptó el recurso interpuesto por España, que ha sido estudiado por los 17 magistrados que la componen. El tribunal ha basado su decisión en los principios establecidos en el caso Barbelescu contra Rumanía, donde se trataba un caso de monitorización de correo electrónico, considerando que sus principios son aplicables al caso de la videovigilancia en el puesto de trabajo. Para ello, debía analizarse si los empleados debían haber sido previamente informados de tales medidas, el grado de intrusión en su privacidad y las consecuencias, en aras de encontrar el balance entre los intereses de la empresa en proteger su propiedad y el derecho protegido en el artículo 8.

Entre otros aspectos, se tuvo en cuenta la distinción entre los niveles de privacidad que el empleado podría esperar en función de la localización. Así, podría ser muy alta en baños, donde estaría justificada la eliminación de vigilancia, y relativamente alta en las oficinas, mientras que el resto del establecimiento debería considerarse más baja al ser visible por empleados y público.

Además, ha de tenerse en cuenta que la grabación duró apenas 10 días, habiendo sido vista por un reducido número de personas, lo que minimiza la intrusión en la privacidad de las trabajadoras, que aunque despedidas no sufrieron un uso del vídeo para un propósito distinto que el despido mismo.

En este punto, sí reconoce la existencia de un consenso internacional acerca de la comunicación previa sobre la monitorización. El Tribunal mantuvo que la necesidad de protección de los intereses públicos o privados podría justificar la falta de comunicación previa. Aunque no se acepta que una simple sospecha de la mala fe del empleado pudiese justificar la vigilancia, una sospecha firme de una conducta ilícita, junto con las pérdidas que en este caso estaba sufriendo la empresa, podrían derivar en una justificación con peso.

Asimismo, se establece como las trabajadoras contaban con otras vías legales como acudir a la Asociación Española de Protección de Datos, y en general acudir a la legalidad relativa a la protección de datos, camino que no se siguió. En definitiva, no considera el TEDH una vulneración de ninguno de los dos artículos, otorgándole la razón a España.

TEDH, Sala Grand Chamber, S, 17 Oct. 2019 (1874/2013) (Caso Perez Ribalda vs. España)

3. AUDIENCIA NACIONAL

Condenado grupo editorial a seguir entregando revistas en papel a sus trabajadores como condición más beneficiosa.

La supresión de la entrega a toda la plantilla de la totalidad de las publicaciones de la editorial, -y sustitución por una suscripción a una plataforma electrónica, que no recoge todas las publicaciones que antes se entregaban en papel-, es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debió adoptarse por la empresa conforme a las previsiones del art. 41.4 E.T.

Así se pronuncia la Audiencia al estimar la demanda presentada por CCOO en la que se alegaba que la empresa, dedicada a la edición de revistas, en particular 22 publicaciones, desde que inició su actividad y de manera ininterrumpida, ha venido entregando a sus trabajadores para uso personal y sin distinción, los ejemplares impresos de las distintas publicaciones de su marca propia, como también, los suplementos y regalos, hasta que de forma unilateral decide dejar de entregar las publicaciones impresas a los trabajadores, para sustituirlo por el acceso solo a algunas de las publicaciones mediante una plataforma digital.

Consideró CCOO en su demanda que la entrega material de las revistas constituía un salario en especie, y que por ello para la supresión o modificación deberían haberse seguido los trámites del art. 41.4 E.T.

Efectivamente así es porque aunque se mantiene el acceso a parte de los contenidos de las revistas de la editorial, se ha minorado en varios aspectos la ventaja que suponía la situación anterior.

A través de la suscripción a la plataforma digital no se accede a la totalidad de las publicaciones; para poder efectuar la lectura desde el domicilio, el trabajador debe adquirir un dispositivo electrónico- móvil, Tablet u ordenador- y disponer de una conexión a internet, mientras que antes bastaba con el traslado material del ejemplar en papel desde el puesto de trabajo al domicilio.

Esta nueva forma de acceso obliga al trabajador a incurrir en desembolsos económicos, bien para conectarse a internet, bien para comprar aquellas publicaciones que no oferta la suscripción a la plataforma digital, mientras que antes y para acceder incluso a mayores contenidos podía hacerlo de forma completamente gratuita.

También se pierde el acceso al regalo promocional que viene con las revistas en su edición de papel.

La sentencia considera que la decisión que se impugna supone un empeoramiento de las condiciones económicas de la plantilla, aunque la medida sea más o menos razonable en términos económicos o medio ambientales; no por ello deja de ser una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debería haberse adoptado con arreglo a los trámites del art. 41.4 E.T. trámites que al haberse obviado conducen a la nulidad de la medida.

La Audiencia Nacional condena a la editorial a la reposición de las condiciones laborales de toda su plantilla, en particular, a la entrega de todas las publicaciones impresas de la marca y de los suplementos y/o regalos de portada, con la misma periodicidad en que las mismas se encuentran disponibles en los diferentes puntos de venta.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 92/2019, 22 Jul. Rec. 142/2019.

4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PAIS VASCO

La ampliación legal del permiso de paternidad anula cualquier mejora de los convenios colectivos

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha fallado a favor de una empresa que denegaba a un trabajador el disfrute de dos permisos de paternidad, en tanto la promulgación del RDL 6/2019 supone la derogación tácita del permiso adicional que se reconocía en el convenio de la empresa del trabajador.

Los trabajadores de este conflicto colectivo prestaban sus servicios para una empresa cuyo convenio propio establecía una mejora del permiso de paternidad ya que, además del permiso legamente establecido, se añadían 3 días naturales contados desde la fecha en que se produjera el parto.

A raíz de la promulgación del Real Decreto-ley 6/2019 de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en vigor desde el 1 de abril de 2019, se amplió el permiso de paternidad establecido en nuestro Estatuto de los Trabajadores, ya que a partir de ese momento este permiso se aumentó a 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto.

Esta ampliación del permiso se aplicará progresivamente, y así, en el 2019 el permiso durará ocho semanas, en 2020 doce semanas, y en 2021 el máximo de dieciséis.

Para el Tribunal, esto quiere decir ni más ni menos que la mejora que establecía el convenio de empresa ha desaparecido por la implantación de un nuevo régimen legal que amplía con creces el anterior.

No pueden solaparse los dos permisos como pretenden los trabajadores, es decir, disfrutar primero el de las 8 semanas (para 2019) y luego los 3 días adicionales del convenio. Este derecho ya no existe. Porque no resulta legítimo que los trabajadores pretendan acogerse a dos fuentes distintas (el convenio y la ley).

Además, compatibilizar ambos períodos sería incongruente porque tanto en el convenio colectivo como en el actual art. 48.4 del ET se habla de que el permiso “se disfrutará inmediatamente después del parto”, por lo que es a todas luces inviable que se solapen cronológicamente ambos periodos y el convenio no admite el uso de esos 3 días en un momento posterior.

Sentencia nº 148/2019 del TSJ País Vasco de 16 Jul. (Rec. nº 16/2019)

5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ISLAS BALEARES.

Casarse estando de baja no genera el permiso por matrimonio tras el alta médica

Un trabajador sufrió un accidente de tráfico por el que estuvo de baja por incapacidad temporal casi dos años, y no puede pretender dilatar el disfrute de su permiso por matrimonio a la fecha en que fue dado de alta de la IT.

Se casó a los pocos días de sufrir el accidente y cuando se reincorpora de nuevo tras el alta médica, pretende obtener los 15 días de permiso de matrimonio que no disfrutó, insistimos, dos años antes.

Puede parecer lógico que no postergara su boda porque estuviera todo preparado, pero no puede pretender que ahora traslade el hecho causante a la fecha de solicitud.

La carencia de actividad profesional por incapacidad temporal explica que se mantenga durante este período el derecho a la retribución, pero no implica que pueda ser trasladado un motivo concurrente de ausencia al trabajo para cuando desaparezca la razón concurrente, es decir, la baja médica.

Aunque el Supremo se ha pronunciado en sentido favorable a que el disfrute de los permisos retribuidos tiene lugar en el primer día laborable cuando el permiso a iniciar y el hecho causante caen en un festivo, porque es en el primer día laborable en el que el trabajador podrá ausentarse, esta doctrina no es trasladable sin más a este supuesto, porque no se trata de dilatar el inicio del día de permiso en un día festivo sino que lo pretendido es el inicio del permiso al finalizar un periodo aproximadamente dos años de incapacidad temporal, por lo que la referencia genérica al "primer día laborable" no encaja en la situación del trabajador demandante ya que durante su baja ha habido muchos días laborables en su empresa.

Apunta además la sentencia que no ha sido planteada ninguna circunstancia especial que pueda justificar en el caso individual el traslado de la fecha del hecho causante del permiso por matrimonio a una fecha distinta, ni tampoco ninguna negativa previa de la empresa demandada.

Y si no es equiparable este supuesto a los días de libranza que caen en festivos, tampoco lo es a las vacaciones anuales estando de baja. El ET permite disfrutar las vacaciones a posteriori cuando coincidan con una incapacidad temporal a su finalización (véase art. 38), pero no contempla este diferimiento para el permiso de matrimonio.

TSJ Illes Balears, Sala de lo Social, Sentencia 219/2019, 27 Jun. Rec. 147/2019

Departamento Laboral y de Seguridad Social

Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto
Email: ortegap@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral
Email: ortegaf@ortega-condomines.com