



CIRCULAR LABORAL 9/2022

6 de abril de 2022

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: ABRIL 2022.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

Un trabajador en prácticas declarado no apto para el puesto a causa de una discapacidad tiene derecho a un ajuste razonable del puesto.

El trabajador belga fue contratado en prácticas como trabajador de mantenimiento especializado en vías férreas y posteriormente es diagnosticado de una patología cardíaca que precisó la colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a los campos electromagnéticos emitidos, en particular, por las vías férreas, por lo que reconocida su discapacidad, respecto a la que se precisó que podía ser empleado en un puesto fuera de actividad moderada, con ausencia de exposición a campos electromagnéticos, y prohibición de trabajos en altitud y ausencia de exposición a vibraciones.

Tras ser destinado a un puesto de operario de almacén en la misma empresa, fue despedido alegando la empresa que ponía fin a su período de prácticas debido a su imposibilidad total y definitiva para realizar las funciones para las que había sido contratado, añadiendo que a diferencia de los agentes nombrados con carácter definitivo, los trabajadores en prácticas a los que se les reconoce una discapacidad y que, por tanto, ya no son capaces de desempeñar su función, no tienen derecho a un cambio de puesto en la empresa.

Resuelve el TJUE si la obligación de las empresas de hacer un “*ajuste razonable*” al puesto de trabajo del trabajador con discapacidad abarca o no la posibilidad de asignar otra función a la persona que, debido a su discapacidad, ya no puede ejercer la función que ocupaba antes de que esta se produjera.

Antes de resolver sobre la cuestión, aclara el Tribunal que el que se trate de un trabajador en prácticas y no de un trabajador “ordinario”, no impide que su situación profesional quede comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La sentencia señala que el acondicionamiento del “*lugar de trabajo*” tiene carácter prioritario frente a otras medidas que permitan adaptar el entorno de trabajo de la persona con discapacidad para que pueda participar de forma plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores.

Y en cuanto al concepto de “*ajustes razonables para las personas con discapacidad*” entiende que, para un trabajador en período de prácticas, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, debe ser destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario.

A este respecto, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia 10 Feb. 2022. Asunto C-485/2020.

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

La normativa española (LGSS) discrimina a las empleadas de hogar al excluirlas de las prestaciones por desempleo.

El Juzgado de Vigo plantea dos cuestiones prejudiciales al TJUE al hilo de un recurso contencioso-administrativo planteado contra la resolución del TGSS que denegó, con base en el art. 251 d) de la LGSS, la solicitud de una empleada de hogar de cotizar por la contingencia de desempleo.

A juicio de la interesada, tal precepto supone una discriminación indirecta por razón de sexo en materia de Seguridad Social de los trabajadores encuadrados en el Régimen General de Empleadas de Hogar, mayoritariamente mujeres.

Aunque en principio, el precepto controvertido no supone una discriminación directamente basada en el sexo, puesto que se aplica indistintamente a trabajadoras y trabajadores incluidos en el sistema especial para empleados de hogar, podría producirse una desventaja si se comprobara que afecta a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de otro. De los datos estadísticos que se aportan, se comprueba que más del 95% de los trabajadores incluidos en el sistema especial son mujeres, por lo que efectivamente el art. 251 d) sitúa a las mujeres en situación de desventaja y genera una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al art. 4.1 de la Dir. 79/7, sin que existan motivos justificados por razón de política social.

El Gobierno español alega que la razón de ser de la normativa controvertida radica en las peculiaridades del sector profesional, con altas tasas de empleo y escaso nivel de cualificación y en la que existe un porcentaje de trabajadores no afiliados al sistema. El empleador no es un empresario profesional sino un cabeza de familia y la prestación se desenvuelve en el ámbito del hogar familiar, lo que dificulta -por razón de la inviolabilidad del domicilio- la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo. Por ello, argumenta que un incremento de cotizaciones, para incluir la de desempleo, desembocaría en una disminución de las tasas de empleo.

Esto no se acepta por el Tribunal que además compara la situación de los empleados de hogar con otros colectivos con una relación de trabajo análoga y que igualmente se presta para empleadores no profesionales en sus domicilios. Tal es la situación de jardineros, conductores particulares o trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza. Todos ellos están cubiertos frente a la contingencia de desempleo, pese a que sus cotizaciones, en algunos casos son, inferiores a las aplicables a los empleados de hogar. En todos ellos, existen riesgos análogos de reducción de tasas de empleo, fraude a la Seguridad Social y trabajo ilegal.

Así las cosas, concluye el Tribunal que no es conforme al ordenamiento de la Unión la exclusión de las prestaciones por desempleo de las prestaciones de la Seguridad Social concedidas a los empleados de hogar, que en absoluto está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia 24 Feb. 2022 Asunto C-389/2020.

3. TRIBUNAL SUPREMO

Compensación de la indemnización percibida por fin de contrato con la indemnización por despido improcedente.

La cantidad percibida por el trabajador en concepto de indemnización a la extinción del contrato temporal debe deducirse del importe de la suma que finalmente se fije como indemnización, una vez que se califica el cese como despido improcedente.

En el presente caso resuelto por el Alto Tribunal lo que se viene a dilucidar es la de determinar si debe deducirse de la indemnización por despido improcedente aquella de 12 días por año de servicio abonada por la empresa a la extinción del contrato por obra o servicio determinado, cuya ulterior declaración como fraudulento ha dado lugar a la calificación del cese como despido improcedente.

El Supremo reitera su doctrina previa, por todas sentencias de la Sala de 11 de mayo de 2021 (Rec. 3833/2018) o de 14 de febrero de 2019 (Rec. 1802/2017), en el sentido de considerar compensable la indemnización abonada por la empresa con ocasión de la terminación del último de los contratos temporales suscritos por el trabajador, tras cuya extinción se produce el cese definitivo de la relación laboral que finalmente se califica como despido improcedente. En el supuesto resuelto, no se está ante un supuesto en el que se pretenda la indebida compensación de las cantidades que pudiere haber percibido el trabajador a la finalización de cada uno de los distintos contratos temporales que pudiere haber suscrito con la empresa con anterioridad a la expiración del último de ellos que da lugar a la definitiva extinción de la relación laboral, sino en una situación jurídica en la que la relación laboral se ha iniciado y mantenido con base en un único y solo contrato temporal, a cuya finalización se percibe una indemnización que resulta finalmente inferior a la que legalmente corresponde tras la calificación de tal cese como despido improcedente.

Eso supone que el trabajador ya ha percibido de esta forma una parte de la indemnización que legalmente le corresponde a la extinción definitiva de la relación laboral, lo que obliga a deducir esa suma de la cantidad a cuyo pago ha de ser condenada la empresa.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 26 de enero de 2022. Recurso 959/2018.

4. TRIBUNAL SUPREMO

¿Cuándo empiezan a contar los días de permiso retribuido?

El Tribunal Supremo ha vuelto a reiterar que el “*dies a quo*”, o día inicial, del disfrute no puede ser un día feriado o festivo para el empleado, sino el primer día laborable del mismo.

En el caso que resuelve esta sentencia, El convenio colectivo de empresa establece lo siguiente (entre otros) en materia de permisos

“Licencias. A) Licencias retribuidas: El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

1. Quince días naturales, en caso de matrimonio. Se podrá adelantar el inicio de esta licencia, siempre que los días laborables del total de la misma no superen los que le hubieran correspondido al trabajador de iniciarla en la fecha del matrimonio. En cualquier caso, la fecha de celebración debe estar incluida en los 15 días de licencia.”

Por su parte, el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores establece:

“El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: a) Quince días naturales en caso de matrimonio”

La AN estimó en parte el recurso interpuesto por los sindicatos, declarando el derecho de los trabajadores a iniciar el cómputo desde el primer día laborable tras la celebración en los supuestos en los que la celebración del matrimonio tiene lugar en día no laborable, siempre y cuando no se opte por antedatar el inicio del permiso.

Se declara también el derecho de los trabajadores a iniciar el cómputo desde el primer día laborable tras la celebración, disfrutando ese día en los supuestos en los que la celebración del matrimonio de los parientes indicados en el punto 2 del artículo del convenio.

Se declara el derecho de los trabajadores a iniciar el cómputo desde el primer día laborable tras la contingencia y a disfrutar el período establecido sin incluir en el mismo los días no laborables, en los casos de fallecimiento, accidente e intervención quirúrgica sin hospitalización, si estas contingencias tienen lugar en día no laborable, y, asimismo, el derecho a disfrutar el período establecido sin incluir en el mismo los días no laborables, en los casos de enfermedad graves y de hospitalización, una vez iniciado el cómputo, salvo en los supuestos expresamente previstos en el art. 36 en que se habilita al trabajador a antedatar o post datar la fecha de inicio del permiso.

Se declara el derecho de los trabajadores en caso de disfrute de los permisos referidos en los puntos 4 y 5 del art. 36 del convenio a iniciar el cómputo desde el primer día laborable tras dicho fallecimiento, disfrutando ese día en los supuestos en los que el fallecimiento de los parientes indicados o el cambio de domicilio tiene lugar en día no laborable.

Frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 9 de febrero de 2021, interpone recurso de casación la empresa.

El TS desestima el recurso interpuesto por la empresa y recuerda la jurisprudencia en la materia. Concretamente recuerda el TS sus sentencias de 13 de febrero de 2018 y de 17 de marzo de 2020 (entre otras.) En ellas se determina que cuando el hecho causante sucede en un día no laborable *-festivo o día establecido como no laborable en el calendario laboral-* la finalidad y la propia esencia del permiso fuerzan a que tenga que iniciarse al siguiente día laborable inmediato.

Como ya reseñamos en nuestra precitada STS de 13 de febrero de 2018, por lo que se refiere al día inicial de disfrute de los permisos que aquí nos ocupan, debe entenderse que como el convenio y la propia Ley hablan de “ausentarse del trabajo con derecho a retribución” el día inicial del disfrute de estos permisos no puede ser un día feriado, sino el primer día laborable que le siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al permiso.

El permiso sólo tiene sentido si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues -de lo contrario- carecería de sentido que su principal efecto fuese «ausentarse del trabajo»; en consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario.

Y es que, deja claro el Tribunal Supremo, reiterando nuestra jurisprudencia, tanto en el convenio como en la Ley se habla de “permisos retribuidos”, lo que claramente evidencia que tales permisos se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja.

Esta solución, razona el TS, la corrobora el art. 37.3 del ET que, al regular el descanso semanal, las fiestas y los permisos dispone que *“el trabajador... podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración...”*, en los supuestos que enumera y que coinciden con los que nos ocupan, en términos que evidencian que el permiso se da para ausentarse del trabajo en día laborable, porque en días festivos no es preciso solicitarlo (STS de 13 de febrero de 2018, Rec. 266/2016).

Y aplicando la jurisprudencia al caso concreto enjuiciado, el examen del artículo 36 A). 1 del XII Convenio Colectivo de la empresa nos revela que, en contra de lo que afirma la recurrente, los días de licencia por matrimonio, fijados en dicho precepto no introducen una mejora respecto a los días de licencia concedidos por el artículo 37.3 a) del ET.

En efecto, la norma convencional concede exactamente los mismos días que el artículo 37.3 a) del ET -15 días naturales- sin que el hecho de que el Convenio establezca la posibilidad de adelantar el inicio de la licencia, siempre que los días laborables del total de esta no superen los que le hubieran correspondido al trabajador de iniciarla en la fecha del matrimonio y que la fecha de celebración debe estar incluida en los 15 días de licencia, suponga mejora alguna respecto a la regulación legal.

Ya la STS de 12 de mayo de 2009, recurso 4/2008, señaló que en el permiso por matrimonio la fecha de éste debe estar incluida en los quince días que concede el convenio.

Por lo tanto, la regulación convencional y la similitud que la redacción del precepto examinado presenta con los en su día contemplados en las sentencias de 13 de febrero de 2018, recurso 266/2016, -Convenio Colectivo Estatal de Contact Center-; sentencia de 17 de marzo de 2020, recurso 193/2018, -V Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal- y sentencia de 11 de marzo de 2020, recurso 192/2018, – Convenio Colectivo de Ingenierías y Oficinas de Estudios Técnicos-, nos conduce a aplicar la doctrina contenida en dichas sentencias, por motivos de seguridad jurídica y porque no han aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial.

A este respecto hay que señalar que la finalidad de la licencia conduce a que tenga que iniciarse el cómputo del periodo al siguiente día laborable inmediato, entendiéndose que el día inicial de disfrute de los permisos que aquí nos ocupan, debe entenderse que como el convenio y la propia Ley hablan de *“ausentarse del trabajo con derecho a retribución”* el día inicial del disfrute de estos permisos no puede ser un día feriado, sino el primer día laborable que le siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al permiso.

Dicha conclusión, deja claro el Tribunal Supremo, no contradice lo establecido en la STJUE de 4 de junio, de 2020, C-588/18, sino que lo respeta escrupulosamente.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Sentencia de 24 de febrero de 2022.

5. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo reitera que ya no cabe el disfrute del permiso por nacimiento de hijos aunque lo regule el convenio.

El Tribunal Supremo ha reiterado que tras la ampliación del permiso de paternidad a 16 semanas ya no cabe el disfrute del permiso por nacimiento de hijo, ni siquiera aunque esté recogido en convenio colectivo.

La cuestión a resolver es la de determinar los efectos jurídicos que sobre la previsión convencional en la materia deben derivarse de la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo que reconocía el artículo 37.3 b) ET, tras la entrada en vigor de la nueva redacción de ese precepto legal operada por el art. 2.9 del Real Decreto-ley 6/2019.

El art. 36 del convenio colectivo de la empresa demandada para los años 2010/2015, suscrito el 5 de mayo de 2011, reconoce a todo el personal el derecho a un permiso retribuido de tres días hábiles en los casos de nacimiento de hijos, mejorando de esta forma la previsión legal de dos días prevista en el art. 37.3 b) ET, conforme a la redacción entonces vigente.

El TS estima el recurso interpuesto por la empresa. No cabe exigir el disfrute del permiso por nacimiento de hijos, aunque esté regulado en convenio tras la ampliación del descanso por paternidad a 16 semanas.

Recuerda el TS que en STS 27/1/2021, rec. 188/2019, - de la que ya nos hicimos eco en una de las primeras Circulares de 2021 – ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en un asunto sustancialmente idéntico al presente, en el que el convenio colectivo de empresa, de fecha igualmente anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019, reconocía el derecho al permiso de tres días por nacimiento de hijos como mejora del régimen legal entonces aplicable en esta materia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37. 3 b) ET.

Entre otras cuestiones, recuerda el Supremo que la equiparación legal de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores (de la madre biológica y del progenitor distinto a ella), en ambos casos de dieciséis semanas, tiene lugar cuando la norma que decide esa equiparación (el RD Ley 6/2019, que modifica el ET), decide igualmente eliminar del ET el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, hasta entonces previsto en el artículo 37.3 b) ET y que la redacción vigente del precepto legal no reconoce ya.

No es difícil extraer la conclusión, sentencia el TS, de que la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo es consecuencia directa de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo, precisamente por «nacimiento», de los dos progenitores: en ambos casos dieciséis semanas.

Si adicionalmente se mantuviera el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, tan vinculado a la menor duración de la anterior suspensión del contrato por paternidad, y que nació y fue siempre una alternativa a la suspensión del contrato por maternidad (o a su menor duración), se daría la paradoja de que el progenitor distinto de la madre biológica podría llegar a tener un periodo de tiempo de exoneración de la obligación de trabajar superior al de la propia madre biológica (las 16 semanas + los días de permiso por nacimiento de hijo).

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 26 de enero de 2022.

6. TRIBUNAL SUPREMO

Nulidad de despido colectivo por no acreditar la empresa que tras el Covid-19 las causas motivadoras son permanentes y no coyunturales.

El Tribunal Supremo declara la nulidad del ERE por no haberse acreditado que las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con la pandemia causada por el Covid-19, son permanente y no meramente coyunturales.

Destaca que la cláusula de salvaguarda de empleo establecida en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, inicialmente aplicable a los ERTE por fuerza mayor del art. 22 y posteriormente extendida a los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020 que se han beneficiado de las exoneraciones de cuota, revela que si la empresa acredita que las causas son estructurales y no meramente coyunturales, los ERTE no constituyen una medida idónea para afrontarlas.

El ordenamiento ha priorizado la adopción de medidas de flexibilidad interna bajo el presupuesto de que se trate de una situación coyuntural y no estructural que exija medidas más traumáticas para el empleo. El legislador de excepción solamente permite la adopción de medidas de flexibilidad de salida cuando no sea posible afrontar la crisis empresarial mediante las citadas medidas de flexibilidad interna. Insiste la sentencia sobre la falta de prueba, que incumbía a la empresa, sobre la realidad de las causas económicas y productivas justificativas del despido eran estructurales.

El Supremo estima que se trata de causas que están relacionadas con la pandemia por COVID-19 porque si a comienzos del año 2020 la empresa no se encontraba en una situación económica negativa, ni concurrían causas productivas que justificaran una reducción de su plantilla, la cual no estaba prevista, solo puede llegarse a la conclusión de que el despido colectivo tiene su origen en el impacto de la pandemia en su actividad principal, en particular en las expectativas futuras hasta que finalicen los efectos de la crisis sanitaria.

No acreditada la naturaleza estructural, la situación excepcional debía haberse reconducido mediante la adopción de medidas de flexibilidad interna y no con despidos colectivos; debía haber articulado medidas de flexibilidad interna y no externa, - sugiere la sentencia-.

Además, aprecia la Sala indicios de que se ha producido una vulneración de la garantía de indemnidad de los trabajadores, puesto que sus representantes impugnaron el ERTE y Juzgado de lo Social lo declaró nulo y tan solo dos meses después la empresa comunica su intención de iniciar un proceso de despido colectivo; esta conexión temporal es un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad.

El empleador no ha aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que el despido colectivo es ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad. El informe de auditoría en el que se mencionaba que el Grupo tenía intención de reducir en un 15% su plantilla es de fecha posterior a la declaración de nulidad del ERTE que tampoco justifica que el despido colectivo fuera ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 168/2022, 22 Feb. Rec. 232/2021

7. TRIBUNAL SUPREMO

Un trabajador puede ser a la vez administrador en otra empresa del mismo sector si ambas mercantiles no compiten.

El Estatuto de los Trabajadores no incluye entre las causas de despido disciplinario la infracción del deber de no competencia desleal, pero esta conducta si puede incardinarse en el art. 54.2.d) del ET como una transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Si un trabajador incurre en competencia desleal, incumple el deber básico relativo a la buena fe, pero también ha matizado la Sala de lo Social del Supremo, -por todas en su sentencia de 29 de marzo de 1990-, que la concurrencia desleal solo existe cuando ambas empresas se dedican a la misma actividad. Debe tratarse de actividades que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes.

En este asunto, el trabajador firmó en el contrato la cláusula de no concurrencia mientras trabajaba con la categoría profesional de técnico de transporte sanitario conductor, pero lo cierto es que, durante los primeros años, se admitió y permitió tácitamente que pudiera ser a la vez administrador solidario en otra empresa cuyo objeto social es la explotación del servicio de ambulancias.

Ya decimos que se consintió porque su empresa subcontrató con la sociedad de la que el trabajador era administrador, la utilización de ambulancias de esta sociedad, siendo entre ambas la relación no competitiva, sino de colaboración, porque la subcontratista proporcionaba medios materiales para que la contratista pudiera desarrollar sus funciones.

Pero la situación cambia radicalmente y se convierte en concurrencial cuando la subcontratista se presentó a una licitación pública en la que era directa competidora con la contratista. Entonces ya se puede hablar de competencia desleal directa.

Y lo relevante es que, tan pronto como la sociedad de la que era administrador el trabajador compitió con la demandada, esta última procedió a su despido disciplinario, por lo que no puede aplicarse la doctrina de los actos propios en el sentido de haber consentido el empleador, de forma prolongada en el tiempo, un actuar con suficiente solidez y consistencia para deducir de forma inequívoca y concluyente una manifestación de voluntad limitativa del ejercicio de un derecho.

Si bien se aceptó que el empleado fuera, de forma simultánea, trabajador de una empresa y administrador social de otra, desde el momento en que ambas concurrieron a la misma licitación pública, el trabajador incurre en competencia desleal en su condición de empleado de la primera y administrador de la segunda, y ello justifica su despido disciplinario.

El empleador no vulnera con el despido la confianza legítima del trabajador, sino que, ante una circunstancia novedosa, - el surgimiento de la concurrencia-, actúa en legítima defensa de sus intereses.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 1283/2021, 21 Dic. Rec. 1090/2019.

8. TRIBUNAL SUPREMO

La dimisión en una contrata seguida de la contratación en otra, en el mismo puesto, es irrelevante a efectos indemnizatorios pues se mantiene la “unidad esencial del vínculo.”

El Supremo da la razón al trabajador, auxiliar de información, atención al público y control de entradas en los centros culturales del Ayuntamiento de Madrid, y pese a que dimitió en su primer contrato de trabajo, computa el tiempo de prestación de servicios a efectos indemnizatorios.

El fallo se basa en la doctrina sobre unidad esencial del vínculo, por sucesión de contrata, y mientras que la sentencia recurrida entiende que la libre dimisión impide el cómputo de todo el periodo de contratación a efectos de indemnización por despido, el Alto Tribunal considera que la renuncia voluntaria debe valorarse en el marco de la inmediatez en el que el trabajador es contratado por la siguiente empresa.

Lo relevante es la sensación de continuidad de la prestación de servicios, aunque existan periodos intermedios, de modo que cuando el paréntesis entre una y otra contratación es de escasa relevancia y el puesto de trabajo desempeñado es el mismo, la renuncia voluntaria a proseguir la actividad en una contrata no implica una ruptura de la vinculación preexistente con la posterior.

Cuando una contrata y su empleado han trabado una vinculación laboral que facilita el recíproco conocimiento, de modo que la experiencia profesional y habilidades propias del desempeño son aprovechadas cada vez que se reinicia la prestación de servicios en otra contrata posterior, estamos en una sucesión contractual, aunque el empleado haya dimitido voluntaria y formalmente estemos ante una nueva contratación. Esto, unido al hecho de que la dimisión surge justo cuando va a finalizar el periodo de contrata adjudicado a una empresa y próximo a el desempeño del mismo puesto de trabajo con otra, debe interpretarse como que el trabajador no buscaba tanto desligarse de su ocupación cuanto facilitar su recontractación.

La eventual liquidación de las cantidades devengadas por la empresa saliente en el primer contrato de trabajo ("finiquito"), si bien tiene el efecto de impedir ulteriores reclamaciones derivadas del mismo, no impide el cómputo del tiempo de prestación de todos sus servicios cuando después es despedido en la empresa sucesora.

No quiebra la unidad del vínculo el solo hecho de que haya habido una baja voluntaria, seguida a los pocos días de una nueva contratación por distinta empresa, pero para el mismo puesto de trabajo, porque precisamente la existencia de una transmisión de empresa, con la consiguiente subrogación está en la base de tal conclusión y actúa como su presupuesto.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 71/2022, 26 Ene. Rec. 4359/2019

9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CASTILLA Y LEÓN (Sede de Valladolid.)

Supervisar la pantalla del ordenador en remoto no vulnera la intimidad de la persona trabajadora.

Así lo ha considerado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León al desestimar el recurso de una teleoperadora que solicitó la declaración de nulidad de su despido tras comprobar, a través de un programa de gestión remoto autorizado por ella misma, que durante las horas laborales estaba interviniendo en un foro online desatendiendo sus funciones de trabajo. Los magistrados tampoco consideran vulnerado el derecho a la indemnidad, ya que el despido no fue precedido de ninguna reclamación formal.

En este asunto, la empresa había instalado en el ordenador portátil particular del empleado que iba a teletrabajar un programa de gestión y una aplicación de monitorización. Uno de los días, la supervisora de equipo, tras comprobar que la empleada llevaba varios minutos sin codificar, accedió a su pantalla para ver qué estaba haciendo y pudo comprobar que la llamada estaba sin codificar y que estaba en un foro de internet. Inmediatamente le comunicó por vía privada que dejara los foros y se pusiera a trabajar. Represalia que fue respondida por la empleada a través del foro de Skype de los trabajadores, apelando a una vulneración de su intimidad.

Según consta en relato de los hechos quedó probado que la empresa accedió en varias ocasiones a la pantalla del ordenador de la trabajadora y realizó capturas de pantalla, en algunas de las cuales se aparecía realizando búsquedas relacionadas con la regulación del derecho a la intimidad, lo que luego plasmó en un correo electrónico en el que manifestaba su indignación al entender que la empresa estaba vulnerando tal derecho fundamental.

Advierte la sala que la trabajadora olvida los hechos imputados: indisciplina y desobediencia en el trabajo, transgresión de la buena fe contractual, y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo al no codificar llamadas y por la intervención en el foro de trabajadores durante la jornada laboral, así como también, baja productividad.

En este sentido, los magistrados consideran que la obtención de información sobre estos hechos que se le imputan se ha obtenido por medios habilitados al efecto y no suponen un exceso de control en la aplicación. La trabajadora había sido informada de la instalación de la aplicación informática y la autorizó, lo que enlaza precisamente con el otro derecho que dice ha sido vulnerado, el derecho a la garantía de indemnidad.

Por tanto, el despido realizado a continuación de una crítica sobre la aplicación informática para el control del teletrabajo no supone vulneración de dicho derecho fundamental, ya que para que se produzca, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales, lo que en el caso no ha sucedido.

En este caso, el despido se comunicó sin que previamente hubiese una impugnación de la trabajadora a través de acto de conciliación o denuncia a sus representantes o a la Inspección ni demanda. A este respecto, el fallo aclara que su mensaje no puede equipararse a una reclamación extrajudicial, además de no estar relacionado con los hechos en que se basa el despido (no codificar, baja productividad o por comunicarse con los compañeros durante la jornada laboral), por lo que no puede afirmarse que la decisión empresarial extintiva lo fuese como represalia a una mera reclamación comunicada por correo electrónico.

Recuerda la resolución que la declaración de nulidad del despido ha de tener encaje en alguno de los supuestos del artículo 55. 5 del ET que también se denuncia infringido y del relato de hechos probados no resulta que el objeto del despido sea discriminación prohibida por la ley o la Constitución.

Por todo ello, el Tribunal confirmar la sentencia del Juzgado de la social que estima el despido como improcedente pero no como nulo.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, Sentencia nº 2037/2021, de 30 Dic. 2021. Rec. 2576/2021

10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA (Sede de Sevilla.)

Despido disciplinario procedente: las redes sociales no pueden ser un campo libre al margen de los derechos fundamentales de terceros, incluidos la empresa. Inexistencia de vulneración de la libertad de expresión.

Una compañía procedió al despido disciplinario de una trabajadora por, entre otros hechos, grabar y emitir videos desde el centro de trabajo, haciendo publicaciones en Facebook, en perfil público. Concretamente en algunas de sus grabaciones y videos colgados en las RRSS se hacían afirmaciones o insinuaciones difamatorias respecto de un trabajador de la empresa, del que da nombre concreto.

La empresa tiene unas normas de sala entre ellas que las ausencias se deben comunicar a los teléfonos indicados en la plataforma, con la suficiente antelación, de manera que no afecte al normal desarrollo de la operativa del servicio; con la finalidad de evaluar la calidad del servicio prestado la empresa lleva a cabo escuchas y/o grabaciones de las llamadas telefónicas recibidas y emitidas en los puestos de trabajo. Por este motivo no se pueden realizar/recibir llamadas personales externas en los puestos de operativa; norma que era conocida por la trabajadora.

Frente a la sentencia que declara la procedencia del despido, interpone recurso de suplicación la trabajadora. El TSJ lo desestima y ratifica la declaración de procedencia del despido.

La carta de despido imputa diversas conductas, unas referidas a una disminución de rendimiento que se concreta, más que tomando algún elemento comparativo, describiendo conductas concretas en días precisos.

Además, se imputa el que el 12-5-18 emita un vídeo en la plataforma de Facebook ofensivo para la persona de su supervisor, identificándolo.

Afirma la trabajadora que *“... está dispuesta a llegar hasta el final, llevando la situación al límite (así la recurrente refiere «lo que molaría en (nombre de la empresa)» llevar a cabo una estampida al modo de Rick Lax Has Friends o en Hammy T.V. con «pisotones, la gente saltando los tornos, empujones, caídas»), rompiendo la normal convivencia .../...*

En esos vídeos se daña a la imagen de la empresa e incluso, tal como ella afirma, se graba en el propio centro de trabajo; en redes sociales se hace insinuaciones, cuando no acusaciones, frente a un trabajador que incluso identifica con nombre. Además, utiliza términos inapropiados en algunas llamadas («puñeta»), cuelga o corta a algunos clientes, y ello sin olvidar las faltas de puntualidad que ya han sido sancionadas y que no fueron recurridas por la trabajadora.

Por tanto, no solo concurre la conducta tipificada en el art. 67.2 del Convenio (Contact Center) referida a doce faltas de puntualidad no justificadas, sino que además concurre la conducta consistente de malos tratos de palabra, usando Facebook, identificando la persona a la que se dirigen, el lugar de prestación de servicios, como la empresa en la que se presta servicios, con plena conciencia tanto como que expresa que “... *que hoy en día las redes sociales son las que más daño hacen*” añadiendo el comentario de que “*además es extranjero, q no es de aquí ni de nuestra religión*”.

Se trata de una conducta que no entra en el ámbito del ejercicio de la libertad de expresión y que excede lo que pudieran ser unas críticas en Facebook realizadas en ejercicio de la libertad de expresión ya que, si los límites de la libertad de expresión deben determinarse en función del análisis de las expresiones utilizadas, la ocasión en que éstas se vierten, su proyección dentro del ámbito laboral y las circunstancias concurrentes en las personas implicadas (STS 17-2-14, EDJ 28707).

Recuerda el TSJ de Andalucía que el derecho fundamental a la libertad de expresión no es ilimitado y esto no es baladí cuando se ejerce a través de redes sociales o internet en que, entre la soledad y autismo del emisor, y el anonimato y no tener en frente a la persona a la que se dirige el mensaje, lleva a expresarse cosas que en un diálogo o en una conversación cara a cara nunca se dirían. Con ello queremos remarcar, resaltar el TSJ, que esas redes sociales no pueden ser un campo al margen de los derechos fundamentales de los demás, de modo que la libertad de expresión ahí debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y eso sí matizado con los condicionamientos mutuos impuestos por la relación de trabajo, lo que afecta tanto a los trabajadores como a la empresa.

En los mensajes y videos emitidos, la trabajadora no se limitó a manifestar su desaprobación, disconformidad y crítica, en el ámbito interno de la empresa, pues aun interpretando el lenguaje comúnmente utilizado en esa mensajería instantánea, aun en su breve y tosco lenguaje, no guardan relación con sus intereses laborales, sino que los trasciende:

- Tanto si se consideran en sí mismas -ciertamente en un lenguaje chabacano, de gran pobreza lingüística y soez-
- Como en su contexto -emitido por quien no ve atendidas sus reivindicaciones según se narra en los hechos decimocuarto a decimonoveno- entrañaron una ofensa grave para la empleadora, y eran vejatorias para su supervisor, amén de considerarse improcedentes (vid. caso similar en STC 106/2006).

En suma, concluye el TSJ, “... consideramos que las expresiones vertidas, por escrito y en vídeos en Facebook, no solo manifiestan un desacuerdo en el ámbito interno de la empresa, sino que son vejatorias y causa de una sanción disciplinaria por no constituir un ejercicio legítimo de la libertad de expresión (STC 56/2008)”

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, Sentencia nº 41/2022, de 12 ene. 2022. Rec. 1294/2020.

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