

DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO
Profesora Axudante Doutor de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela (España)
lidia.gil.otero@usc.es

Palabras chave: adaptación de xornada; dereitos de conciliación; negociación colectiva; desconexión dixital; protección de datos persoais; audiencia previa; despedimento disciplinario; discriminación por razón de enfermidade; indefinido non fixo.

Keywords: working hours adaptation; work-life balance; collective bargaining; digital disconnection; personal data protection; prior hearing; disciplinary dismissal; discrimination on the basis of illness; worker having contract of indefinite duration but not permanent.

Palabras clave: adaptación de jornada; conciliación; negociación colectiva; desconexión digital; protección de datos personales; audiencia previa; despido disciplinario; discriminación por razón de enfermedad; indefinido no fijo.

Esta recompilación xurisprudencial recolle once sentencias do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ditadas no primeiro semestre de 2024, relativas ao dereito individual do traballo. Nelas preséntanse formulacións de interese doutrinal e xurisprudencial de dous tipos. Por unha banda, aquelas que avanza na interpretación de dereitos de recente aparición, como o dereito á solicitude de adaptación da xornada, o dereito á desconexión dixital ou o dereito a non ser discriminado por razón de enfermidade. Doutra banda,

aquelas que reinterpretan institucións xurídicas clásicas, como a responsabilidade da Administración por contratación temporal fraudulenta ou a audiencia previa do despedimento disciplinario.

1. PERMISO DE HOSPITALIZACIÓN OU ENFERMIDADE PARA ASISTENCIA A PARENTE GRAVEMENTE ENFERMO: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 27 DE XULLO DE 2024 (REC. 17/2024)

A Directiva (UE) 2019/1158, do 20 de xuño, relativa á conciliación da vida familiar e a vida profesional dos proxenitores e os coidadores obrigou a introducir no Estatuto dos Traballadores novas fórmulas de adaptación da prestación de traballo e novos permisos, así como a modificar algunhas das licenzas retribuídas xa existentes. Entre estas últimas atópase a prevista no art. 37.3 b), relativa ao accidente, enfermidade grave, hospitalización ou intervención cirúrxica sen hospitalización dos parentes das persoas traballadoras. A Real Decreto-Lei 5/2023, do 28 de xuño, ampliou o ámbito subxectivo do referido permiso, de tal modo que este se pode gozar actualmente non só para atender ás necesidades dos parentes ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, senón tamén a aquelas do cónxuxe, da parella de feito e de calquera persoa que conviva coa persoa traballadora no mesmo domicilio e requira un coidado efectivo da súa parte.

A referida ampliación provocou que as empresas estean a especificar actualmente en que termos poden acollerse ao permiso as persoas traballadoras. Así sucedeu na Confederación Galega de Persoas con Discapacidade (COGAMI), protagonista da sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 27 de xullo de 2024 (rec. 17/2024). COGAMI comunicou ás persoas traballadoras, mediante unha circular informativa interna, os criterios de aplicación do permiso recollido no art. 37.3 b) do Estatuto dos Traballadores. Entre outros aspectos, a empresa esixía que as persoas traballadoras xustificasen obrigatoriamente a convivencia no mesmo domicilio coa persoa que precisaba atención sanitaria e a necesidade de que se requirise un

coidado efectivo por parte da persoa traballadora que solicitaba o permiso, con independencia de que tipo de vínculo mantivese a persoa traballadora coa persoa necesitada de coidados. A xuízo das organizacións sindicais CIG, CCOO e UXT, as esixencias da empresa resultaban contrarias ao tenor literal do art. 37.3 b) do Estatuto dos Traballadores, pois este prevé a concesión directa do permiso cando entre a persoa traballadora e a persoa necesitada de coidados exista un vínculo familiar, sen necesidade de acreditar a convivencia e a necesidade de coidados. Eses dous últimos extremos, segundo as organizacións sindicais, só serían esixibles cando o permiso solicitáse para a atención de causas sanitarias de persoas coas que a persoa traballadora non tivese un vínculo familiar.

Exposta demanda de conflito colectivo ante o Tribunal Superior de Xustiza por parte da CIG, o órgano xudicial destacou o tenor literal e a redacción do art. 37.3 b) do ET para estimar a pretensión da parte demandante. Segundo o seu criterio, o referido precepto do Estatuto dos Traballadores fai unha distinción clara entre o permiso para a atención sanitaria dos familiares e o permiso para a atención sanitaria das persoas coas que a persoa traballadora non mantivese un vínculo familiar. Así as cousas, respecto do primeiro tipo de permiso, segundo o Tribunal, non é necesario acreditar a convivencia da persoa traballadora coa persoa enferma, accidentada ou paciente, nin tampouco a necesidade de coidados efectivos, pois a mera existencia do vínculo familiar ou de parentesco confire ás persoas traballadoras o dereito ao gozar do permiso. Tales circunstancias de convivencia e coidado só deberían acreditarse respecto do segundo tipo de permiso, é dicir, cando a persoa enferma, accidentada ou paciente non estivese ligada á persoa traballadora por ningún vínculo de consanguinidade ou afinidade. Tal postura levou ao Tribunal a estimar a demanda e declarar que as persoas traballadoras teñen dereito ao permiso sen necesidade de xustificar ningún extremo adicional cando a persoa para cuxa atención se solicita o permiso sexa o cónxuxe, a parella de feito, ou un parente ata o segundo grao por consanguinidade ou afinidade, incluído o familiar consanguíneo da parella de feito.

2. CONFIGURACIÓN DOS PERMISOS E DEREITOS DE CONCILIACIÓN PREVISTOS NA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: SENTENZAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALIZA DE 20 DE MARZO DE 2024 (REC. 260/2024) E DE 25 DE XUÑO DE 2024 (REC. 14/2024)

O impulso á conciliación da vida familiar e laboral non só conseguiuase a través da introdución de novos dereitos e permisos no Estatuto dos Traballadores, senón tamén a través da mellora ou ampliación destes últimos nos convenios colectivos. A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 20 de marzo de 2024 (rec. 260/2024) é mostra diso, pois aborda un permiso de conciliación non previsto expresamente no Estatuto dos Traballadores, aplicando a el e, especialmente, á súa concesión, a ponderación dos intereses das partes implicadas.

No caso concreto, a traballadora demandante traballaba de luns a sábado de 10 a 16 horas, con dous sábados libres ao mes, e gozaba dunha redución da xornada do 13.3% por coidado e garda legal da súa filla menor de 12 anos. En marzo de 2023 a traballadora solicitou á empresa prorrogar dita redución de xornada, pois nos seguintes días a súa filla cumpriría os 12 anos. A empresa respondeu á solicitude da traballadora indicando que a redución de xornada da que agora gozaba quedaría sen efecto unha vez que a súa filla alcanzase os 12 anos, podendo, en todo caso, solicitar unha nova redución de xornada, pois o art. 37 do Convenio colectivo de comercio vario da provincia da Coruña indica que as persoas traballadoras con fillos ou fillas desde os 12 ata os 14 anos “poderán solicitar unha nova redución de xornada, de entre un 15% e un 50% da mesma, acordando en todo caso un novo horario coa empresa conforme co sistema organizativo e horarios da empresa e as necesidades familiares das persoas traballadoras”. Así, a empresa propuxo dúas alternativas á traballadora: 1) unha redución de xornada do 15%, de luns a sábado dentro das quendas rotatorias ordinarias de 10 a 15 horas, de 12 a 17 horas e de 17 a 22 horas; e 2) unha redución de xornada do 50%, prestando servizos 15 horas á semana de luns a sábado nas referidas quendas rotatorias. A traballadora contestou á empresa mantendo a súa solicitude inicial, tanto en termos

de redución como de horario. A empresa aceptou a redución de xornada do 15%, pero non se logrou un consenso ao redor dos horarios. A pesar de que a traballadora quería seguir prestando servizos de 10 a 16 horas, a empresa adscribiu a esta ás quendas ordinarias anteriormente mencionados.

Tras ser desestimada en primeira instancia a demanda da traballadora sobre conciliación da vida familiar e laboral, esta interpuxo recurso de suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia suplicando a declaración do dereito para seguir mantendo a concreción horaria ata que a filla cumprise 14 anos. Argumentaba, para iso, que as necesidades de coidado da filla non desaparecían dun día para outro, ao cumprir os 12 anos, e que as distribucións ordinarias ofertadas pola empresa non satisfacían as súas necesidades de garda legal.

Para resolver a cuestión controvertida, o Tribunal valorou tres cuestións. En primeiro lugar, as posturas mantidas pola traballadora e a empresa nas negociacións. En segundo lugar, os propios termos nos que o art. 37 do Convenio regulaba a nova redución de xornada. En último lugar, a ponderación dos intereses das partes. Así as cousas, o Tribunal destacou que, segundo o art. 37 do Convenio, de solicitarse a redución de xornada pretendida pola traballadora, debía negociarse obrigatoriamente un novo horario coa empresa. A xuízo do órgano, a empresa si adoptara unha postura de diálogo e negociadora, sendo a traballadora a que se mantivo na súa posición inicial. Ademais, a xuízo do tribunal, a idade da filla da traballadora facía que aquela xa contase cun certo grao de autonomía, sen requirir a atención constante dun adulto. Con todo, a afluencia de público na empresa e as circunstancias do resto de traballadoras, que tamén contaban con particularidades en canto ao horario por razóns de conciliación, facían que o sistema organizativo da empresa tivese que descansar en quendas rotatorias. Consecuentemente, considerando prevaecinte a posición da empresa polas súas necesidades produtivas e a súa flexibilidade na negociación, o Tribunal Superior de Xustiza desestimou o recurso da traballadora, eximindo á entidade de incorporar á traballadora no horario por ela solicitado.

Na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 25 de xuño de 2024 (rec. 14/2024) tamén se examinou a configuración legal e, especialmente, a interpretación práctica, dun permiso previsto no Convenio colectivo da Compañía de Radio-Televisión de Galicia (CRTVG) e as súas sociedades. Os artigos 41.1.20 e 41.1.21 do referido convenio recollen os permisos das persoas traballadoras de ausentarse do traballo para a realización de revisións médicas ou para acompañar a revisións médicas, incluídas na carteira de servizos do sistema sanitario público, a maiores dependentes ao seu cargo e fillos e fillas menores de idade. Para o efectivo goce destes permisos, e partindo dos termos empregados no convenio colectivo, a empresa CRTVG esixía ás persoas traballadoras que achegasen unha declaración facultativa de que o obxecto da revisión estaba incluído na carteira de servizos do sistema sanitario público e da imposibilidade de realizarse fose do horario de traballo da persoa traballadora, sempre que a asistencia sanitaria tivese lugar nun centro privado. Segundo a empresa, tratábase dunha medida dirixida a evitar o abuso ou fraude na utilización dos permisos para citas médicas privadas.

Interposta demanda de conflito colectivo por parte da organización sindical USO contra esa práctica empresarial, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia declarou que a empresa non podía requirir tal declaración ás persoas traballadoras por tres motivos. En primeiro lugar, porque devandito xustificante ou certificación do facultativo ou facultativa non estaba previsto no convenio colectivo. En segundo lugar, porque a emisión do xustificante impoñería unha carga sobre os facultativos e as facultativas, tendo estes últimos que realizar unha valoración xurídica ao redor da inclusión ou non da asistencia médica que prestan na carteira de servizos do Sistema Nacional de Saúde. En último lugar, porque a empresa non prevé medidas para garantir o dereito das persoas traballadoras á protección dos seus datos persoais, requisito necesario cando, no propio xustificante, indicárase que tipo de asistencia sanitaria recibiu esa persoa. Consecuentemente, o Tribunal declarou que o requisito adicional da declaración, imposto pola empresa, non era axustado a dereito, condenado a esta última a non esixir a

declaración facultativa controvertida e aplicar os mesmos requisitos con independencia de que a atención médica se realice en centro público ou en centro privado.

3. ADAPTACIÓN DA XORNADA DE TRABALLO POR COIDADO DE PARENTES E INDEMNIZACIÓN POR DANOS E PERXUIZOS: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 18 DE XANEIRO DE 2024 (REC. 4378/2023)

Os dereitos baseados na ausencia das persoas traballadoras do seu posto de traballo, para atender ás súas necesidades de conciliación da vida familiar e laboral, están agora convivindo cos dereitos baseados na presenza, é dicir, os dereitos que permiten ás persoas traballadoras adaptar a prestación de servizos para traballar e, ao mesmo tempo, facerse cargo do coidado dos seus parentes. Destaca, entre tales dereitos, o artigo 34.8 do Estatuto dos Traballadores, que, por influencia da Directiva (UE) 2019/1158, recoñece o dereito das persoas traballadoras a solicitar a adaptación da duración e distribución de traballo, da ordenación do tempo de traballo e da forma de prestación para facer efectivo o dereito á conciliación e atender a fillos, fillas, cónxuxe, parella de feito, familiares por consanguinidade ata o segundo grao, así como a outras persoas dependentes que convivan coa persoa traballadora e non poidan valerse por si mesmos.

Tratándose dun dereito de solicitude, son abundantes os supostos nos que se produce unha pugna entre as necesidades da persoa traballadora e as necesidades organizativas ou produtivas da empresa á hora de conceder ou non o solicitado por aquela. A falta de entendemento entre ambas as partes provoca que se acaben xudicializando controversias como a recollida na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 18 de xaneiro de 2024 (rec. 4378/2024).

No caso concreto, a traballadora demandante prestaba servizos como teleoperadora a tempo parcial (35 horas semanais) en horario de luns a venres, de 14:00 a 21:00h. En marzo de 2023, a traballadora solicitou concreción de xornada para o coidado do seu pai, que ten recoñecido un grao de discapacidade do 88%. Propuxo á empresa un

horario de traballo de luns a venres de 12:00 a 19:00 horas. A empresa, unha vez estudada a súa solicitude, non aceptou a petición da traballadora en función ás capacidades organizativas e produtivas da empresa nese momento e ofreceulle o mesmo horario que viña realizando ata o momento, alegando que o horario solicitado non existía nos cuadrantes da empresa. Na campaña na que prestaba servizos a traballadora, o 31% das persoas traballadoras estaban en quenda de mañá (o 42% delas como consecuencia dunha concreción horaria), existindo déficit de persoal entre as 17:00 e as 20:30 horas.

Interposta demanda pola traballadora, solicitando a adaptación de xornada proposta, a súa pretensión foi desestimada en primeira instancia. Entre outras cuestións, o xulgador de instancia considerou que o coidado do pai da traballadora non chocaba co tempo de traballo, pois as necesidades relativas a levantarse, asearse e realizar as comidas principais do día podían cubrirse fose do horario actual da traballadora.

Á hora de resolver o recurso de suplicación interposto pola demandante, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia atendeu aos cinco criterios que, ao seu xuízo, deben valorarse cando se invoca o art. 34.8 do ET. En primeiro lugar, a consideración superior do dereito da persoa traballadora fronte aos intereses empresariais, pola dimensión constitucional dos dereitos de conciliación. En segundo lugar, a valoración individualizada da situación segundo as esixencias da boa fe e a conduta das partes en conflito. En terceiro lugar, a imposibilidade de valorar a organización da familia da persoa traballadora. En cuarto lugar, as cargas procesuais da persoa traballadora, que só debe probar que existe unha necesidade de coidado da persoa que a norma contempla como receptora dos coidados e que esa necesidade de coidado choca co tempo de traballo ou a forma de prestación. En último lugar, a defensa procesual da parte demanda, que, ou ben desmonta as alegacións e probas da parte demandante, ou ben alega e acredita a irrazonable carga que asumiría a empresa con esa medida por razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción.

O Tribunal Superior de Xustiza rexeitou por completo as conclusións do xulgador de instancia relativas á organización temporal das necesidades de coidado do pai da traballadora. O Tribunal destacou que é a persoa traballadora a que debe decidir os termos nos cales se satisfán as necesidades de conciliación ás que se atopa sometida. Ademais, aínda que o horario da traballadora aparentaba suficiente para evitar, por exemplo, as ceas tardías do pai, porque a súa xornada terminaba ás 21:00 horas, dita apreciación implicaba ignorar as circunstancias particulares do caso concreto. Segundo o Tribunal, non só descoñecía o tempo que empregaba a traballadora en desprazarse do centro de traballo ao domicilio, senón tamén a entidade das atencións que a traballadora debía prestar ao seu pai e á súa nai, o tempo que necesita o pai para comer etc.

Segundo o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, a empresa debeu ofrecer alternativas reais á solicitude de conciliación, pois ofrecer o mesmo horario implicaba, en verdade, denegar a solicitude. Tamén reprochou o Tribunal a alegación da empresa relativa á inexistencia do horario solicitado, pois o convenio colectivo de aplicación si contemplaba unha quenda intensiva de tarde que non podía comezar antes das 12:00 horas nin finalizar despois das 21:00 horas (art. 26 do III Convenio colectivo de ámbito estatal do sector de contact center). A pesar de que a empresa alegou no seu defensa que devandita quenda do convenio estaba limitado ás persoas que traballasen a tempo completo, a Sala considerou tal argumento pouco razoable ou lóxico, pois a xornada da traballadora era de 35 horas semanais.

Os argumentos anteriores levaron ao Tribunal Superior de Xustiza de Galicia a estimar a pretensión da traballadora e a condenar á empresa para abonar á traballadora unha indemnización de 3.501 euros en atención aos danos e prexuízos sufridos, pois a denegación da solicitude provocou un *"tensionamiento en la eficaz realización de las atenciones debidas"* que *"coadyuvó en un daño físico y una situación de incapacidad temporal"*, ao padecer *"síndrome ansioso depresivo reactivo a estresores vitales y laborales"*.

4. DESCONEXIÓN DIXITAL DAS PERSOAS TRABALLADORAS EN SITUACIÓN DE INCAPACIDADE TEMPORAL: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALIZA DE 11 DE ABRIL DE 2024 (REC. 10/2024)

Cada vez son máis frecuentes as empresas que, buscando minimizar o absentismo laboral, implantan protocolos para verificar o estado de saúde das persoas traballadoras en situación de incapacidade temporal. Entre os referidos protocolos é habitual que se inclúan medidas de seguimento como a posta en contacto coas persoas traballadoras que, nese momento, están apartados da empresa para centrarse na súa recuperación.

A situación de incapacidade temporal só exonera as partes da relación laboral das súas correlativas obrigacións de traballar e remunerar, pero continúan vixentes todos os demais dereitos e obrigacións da relación laboral. A implantación dos referidos protocolos debe, por tanto, respectar as garantías das persoas traballadoras e, en concreto, o dereito destas á desconexión dixital (arts. 20 e 20 bis do Estatuto dos Traballadores).

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, na súa sentenza do 11 de abril de 2024 (rec. 10/2024), tivo que examinar se un protocolo de absentismo laboral dunha empresa respectaba os dereitos de intimidade e desconexión dixital das persoas traballadoras, pois, seguindo aquel, o coordinador ou a coordinadora dos grupos de traballo da empresa chamaba ás persoas traballadoras que non acudían a traballar por estar en situación de incapacidade temporal, para interesarse polo seu estado de saúde, no primeiros cinco días. En virtude dos feitos probados, declarouse que ditas chamadas non tiñan por obxectivo coaccionar ás persoas traballadoras nin pedirles que se reincorporasen ou que comunicasen cal era o motivo da súa ausencia. Pola contra, tratábase de conversacións cordiais centradas en preguntar á persoa traballadora como se atopaba e se necesitaba algo. Ademais, se da conversación inferíase que a situación de incapacidade temporal estaba relacionada coa contorna laboral, o coordinador ou a coordinadora debía comunicar tal circunstancia ao Departamento de Recursos Humanos.

Finalmente, se a persoa traballadora non collía a chamada, se sentía molesta ou manifestaba que non quería que se lle chamase, o coordinador ou a coordinadora non contactaba con ela ata a súa reincorporación. CCOO presentou demanda solicitando que se declarase ilegal a práctica da empresa de chamar ás persoas traballadoras en situación de incapacidade temporal, por vulnerar os dereitos destas últimas. Tras ser desestimada esa pretensión en primeira instancia, o Tribunal Superior de Xustiza compartiu a posición do xulgador de instancia. A xuízo do citado Tribunal, o protocolo da empresa e a práctica tiña por intención crear un bo ambiente laboral entre compañeiros e compañeiras de traballo e non vulnera nin o dereito á desconexión dixital nin o dereito á intimidade das persoas traballadoras.

Respecto do dereito á desconexión dixital, a posición do Tribunal partiu dunha interpretación restrinxida de tal garantía, vinculando o referido dereito á non obrigação de contestar ou, en sentido contrario, á posibilidade de desatender comunicacións dixitais relacionadas co traballo. Así pois, segundo o Tribunal, a recepción da chamada do coordinador ou coordinadora non esixía á persoa traballadora estar conectada ao software da empresa nin contestar calquera outro tipo de comunicación dixital vinculada coa prestación de servizos (WhatsApp, correos electrónicos, videollamadas etc.)/ etc.). Respecto do dereito á intimidade, o Tribunal tamén declarou que a práctica empresarial non era contraria a aquel, pois dos feitos probados inferíase que o obxecto da chamada era o simple interese polo estado de saúde da persoa traballadora, sen preguntarlle polo motivo da baixa nin coaccionala para que se reincorpore canto antes. Así as cousas, o Tribunal Superior de Xustiza desestimou o recurso interposto pola organización sindical, tras non apreciar a censura xurídica esgrimida.

5. CESIÓN DE DATOS DAS PERSOAS TRABALLADORAS A TERCEIROS: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 4 DE MARZO DE 2024 (REC. 5647/2023)

O dereito á protección de datos inclúe o previo consentimento da persoa traballadora para a recollida e o uso dos datos

persoais, o dereito a saber e ser informado sobre o destino e uso dos datos e o dereito a acceder, rectificar e cancelar devanditos datos. Tales garantías cobran especial importancia nunha relación como a laboral, pois é significativo o volume de datos que unha empresa pode obter sobre as persoas traballadoras, tanto de forma directa como de forma indirecta, a través de medios informáticos. Consecuentemente, o dereito á protección de datos persoais das persoas traballadoras limita de forma significativa a posibilidade de que as empresas cedan os datos daquelas a outro tipo de entidades, tal e como se declara na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 4 de marzo de 2024 (rec. 5647/2023).

No caso axuizado, o traballador demandante solicitou por escrito á empresa en decembro de 2022 que se fixese efectivo o seu dereito á desconexión dixital e que non se realizase ningún tipo de comunicación ao seu teléfono móbil ou ao seu correo particular fose da súa xornada laboral. Meses máis tarde, entre os correos electrónicos e mensaxes de Whatsapp que recibiu o traballador, vinculados coa prestación de servizos, atopábanse uns enviados pola empresa encargada de dispensar a formación ás persoas traballadoras e outros pola empresa de prevención de riscos laborais. O traballador, en primeira instancia, demandou á empresa solicitando que se recoñecese que esta vulnerara o seu dereito á desconexión dixital e o seu dereito á intimidade. Destacaba, entre outros motivos, que a empresa cedera os datos relativos ao seu correo electrónico e ao seu número de teléfono ás empresas de formación e de prevención de riscos laborais sen o seu consentimento. Tras ser desestimada a súa pretensión en primeira instancia, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia entrou a examinar o asunto mantendo un criterio oposto ao da sentenza do Xulgado do Social.

A xuízo do Tribunal Superior de Xustiza, o consentimento das persoas titulares de datos persoais é *"el elemento clave, fundamental y definidor del sistema de protección de datos de carácter persoal"*, tal e como dispón o artigo 6 da Lei Orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais. No caso concreto, a empresa non achegou ao proceso ningún impreso ou modelo

de protección de datos no que o traballador consentise a cesión dos seus datos persoais a organizacións, persoas ou empresas externas. O Tribunal declarou que era necesaria unha manifestación de vontade libre, específica, informada e inequívoca pola que o traballador aceptase o tratamento de datos persoais que lle concernisen, así como a cesión destes a terceiros. Consecuentemente, a falta de tal consentimento, o Tribunal declarou que a práctica empresarial conculcara o dereito á protección de datos de carácter persoal dese traballador, condenando á empresa a indemnizalo coa cantidade de 700 euros.

6. AUDIENCIA PREVIA NO DESPEDIMIENTO DISCIPLINARIO: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 4 DE ABRIL DE 2024 (REC. 503/2024)

O Convenio da Organización Internacional do Traballo núm. 158, sobre terminación da relación de traballo por iniciativa do empregador, ratificado por España no ano 1985, dispón no seu artigo 7 que non debe darse por terminada a relación de traballo dunha persoa traballadora por motivos relacionados coa súa conduta ou rendemento sen antes ofrecerlle a posibilidade de defenderse dos cargos formulados contra ela, a menos que non poida pedirse razoablemente á persoa empregadora que lle conceda esa posibilidade. A posibilidade de que este precepto tivese aplicación directa no ordenamento xurídico español, engadindo ao despedimento disciplinario un requisito formal de audiencia previa, foi debatida pola doutrina xudicial en diferentes instancias ata chegar, finalmente, ao Tribunal Supremo. Na súa sentenza do 18 de novembro de 2024 (rcud. 4735/2024), o Tribunal Supremo declarou que procedía a aplicación directa do referido artigo, ao tratarse dunha disposición completa, suficiente e concreta nos seus propios termos, que non requiría normas de execución ou desenvolvemento lexislativo. Iso implica que, para os despedimentos disciplinarios producidos con posterioridade á referida sentenza do Tribunal Supremo, é esixible a audiencia previa da persoa traballadora, permitindo que esta alegue o oportuno en relación os feitos merecedores de ser

sancionados ante a persoa que ostente o poder disciplinario e sempre antes de que se adopte a medida extintiva.

Con anterioridade á doutrina establecida polo Tribunal Supremo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia xa tivera oportunidade de pronunciarse sobre a aplicación do art. 7 do Convenio da OIT núm. 158 e, en concreto, sobre a forma na que debía darse á persoa traballadora esa oportunidade de defenderse. Na súa sentenza do 4 de abril de 2024 (rec. 503/2024) o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia axuízou o despedimento dun traballador, oficial de 1ª, que acudiu ao seu posto de traballo tras inxerir alcol e, co suposto fin de facer unha broma ao compañeiro que ía con el conducindo o vehículo da empresa, activou o freo de man da furgoneta, producíndose un accidente de tráfico que puxo en perigo a ambos os traballadores e ás demais persoas que circulaban por esa estrada. Producidos os feitos, a responsable de recursos humanos falou co traballador e co seu compañeiro, para que lle desen a súa versión dos feitos, e, finalmente, o primeiro foi despedido disciplinariamente.

En primeira instancia, o traballador solicitou a declaración de nulidade do despedimento, por vulneración do dereito fundamental á dignidade, e, subsidiariamente, a declaración de improcedencia, por infrinxirse o art. 7 do Convenio da OIT núm. 158. Tras ser desestimadas en primeira instancia as súas pretensións, o recurso de suplicación interposto polo traballador obrigou ao Tribunal Superior de Xustiza de Galicia a determinar se, no caso concreto, o despedimento cumprira os requisitos formais de audiencia ou expediente contradictorio previo. O Tribunal, partindo da aplicación directa do Convenio núm. 158 da OIT e da prevalencia do seu artigo 7 sobre o art. 55 do Estatuto dos Traballadores, declarou que a non tramitación do expediente contradictorio previo nun despedimento disciplinario levaría á improcedencia do despedimento sempre que devandito requisito estea previsto legalmente.

Para interpretar en que consiste a posibilidade de defenderse dos cargos postulados que esixe o art. 7 do Convenio da OIT núm. 158, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia trouxo a colación a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid do 28 de abril de 2023 (rec. 1436/2022). Así, declarou que

non era necesario que se cumprisen determinadas formalidades para realizar esa audiencia previa, pero si debían darse dúas condicións mínimas para entender cumprida a esixencia do art. 7 do Convenio. En primeiro lugar, a comunicación ao traballador dos cargos que a empresa pretende incluír na carta de despedimento. En segundo lugar, a posibilidade de que a persoa traballadora poida presentar alegacións e probas ante o órgano da empresa responsable de adoptar a decisión final e con antelación suficiente ao momento en que se adopte esa decisión.

Partindo de tales requisitos, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia entendeu que, no caso axuizado, a empresa cumpriu ambas as condicións, pois a responsable de recursos humanos falara cos dous traballadores implicados para coñecer as súas versións con anterioridade ao despedimento. Esa conversación entre a responsable de recursos humanos e o traballador implicaba un traslado a este último dos feitos, para que alegase o que entendese procedente, tendo en conta, ademais, que o traballador era sabedor do acontecido e en ningún momento negou os feitos imputados, nin sequera impugnando os feitos declarados probados na sentenza.

Consecuentemente, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia declarou o despedimento procedente, por cumprirse os requisitos de forma e audiencia previa no caso, desestimando así o recurso interposto polo traballador.

7. INDEFINIDO NON FIXO E COBERTURA DE PLAZA FUNCIONARIAL: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 11 DE XANEIRO DE 2024 (REC. 4287/2023)

A natureza dos traballadores indefinidos non fixos, como sanción ao incumprimento, por parte da Administración Pública, das regras de contratación laboral, é unha protagonista ineludible da doutrina xudicial nacional e internacional. Cada certo tempo salta á palestra unha nova sentenza na que se abordan a adecuación da figura ao dereito da Unión Europea, a fixeza total, as condicións desas persoas traballadoras para acceder aos concursos de traslado ou a readscripción a postos de natureza funcional. Este último

aspecto é, precisamente, o abordado na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de xaneiro de 2024 (rec. 4287/2023). O traballador demandante fora declarado persoal laboral indefinido non fixo da Xunta de Galicia por sentenza en setembro de 2012, prestando servizos como titulado superior na Secretaría Xeral de Calidade e Avaliación, a pesar de que dita praza fose de natureza funcional. En maio de 2017 o traballador foi readscrito a outro posto, tamén de natureza funcional, na Dirección Xeral de Calidade Ambiental e Cambio climático, tras a correspondente modificación e aprobación da RPT da Consellería de Medio Ambiente e Ordenación do Territorio. Ocupou dita praza ata outubro de 2022.

En novembro de 2019 convocouse proceso selectivo, pola quenda de acceso libre, para o ingreso no corpo Superior da Administración Xeral da Comunidade Autónoma de Galicia. Entre as prazas do proceso de consolidación de emprego figuraba o posto que estaba a ocupar nese momento o traballador demandante. Así, tras a resolución do proceso en outubro de 2022, a referida praza pasou a ser ocupada por outra persoa que superara a selección e elixira ese posto como destino provisional. Como consecuencia desa adxudicación, a Dirección de Recursos Humanos da Consellería remitiulle ao traballador demandante un correo electrónico no que se lle indicaba que cesaba na prestación efectiva de servizos e enviábaselle a dilixencia de cesamento por “adxudicación das súas prazas en proceso selectivo”.

O traballador demandou por despedimento á Xunta de Galicia – Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda, sendo declarado improcedente en primeira instancia. Como consecuencia do recurso interposto pola parte demandada, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia entrou a examinar o asunto compartindo, finalmente, o parecer do xulgador de instancia. O Tribunal lembrou, nesta sentenza, a validez da práctica da Xunta de Galicia de readscribir a persoal laboral indefinido non fixo a postos de traballo de natureza funcional, atendendo, entre outras cuestións, ás potestades autoorganizativas da Administración Pública. Con todo, advertiu que tal readscripción debía condicionarse ao

respecto dos dereitos derivados do vínculo laboral indefinido non fixo do traballador.

A xuízo do Tribunal, a Xunta de Galicia despediu ao traballador atendendo á cobertura regulamentaria dunha praza funcional que non era a que lle correspondía a aquel pola súa condición de persoal laboral indefinido non fixo. Así, traendo a colación a xurisprudencia do Tribunal Supremo [entre outras, sentenza do 12 de xaneiro de 2022 (rcud. 579/2019)], o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia declarou que o despedimento vulnerara os dereitos do traballador, pois a extinción de relación laboral só era posible cando se cubrise a praza de persoal que lle correspondía. Tratándose, no caso concreto, da cobertura regulamentaria dunha praza de natureza funcional á que a Xunta de Galicia asignara ao traballador, e non da cobertura da praza de natureza laboral que tiña dereito a ocupar, o Tribunal Superior de Xustiza desestimou o recurso da Xunta de Galicia, confirmando integramente a sentenza de instancia e, con iso, a improcedencia do despedimento.

8. INDEMNIZACIÓN POR CESE DE CONTRATO DE INTERINIDADE IRREGULAR NA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 28 DE XUÑO DE 2024 (REC. 1309/2024)

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea na súa sentenza do 13 de xuño de 2024, *Departamentos de Presidencia y de Justicia de la Generalidad de Cataluña* (asuntos C-331/22 e C-332/22) puxo de manifesto unha posible insuficiencia das medidas nacionais para sancionar os abusos na contratación temporal no sector público. Tal advertencia provocou que os tribunais nacionais apostaran pola declaración de fixeza de empregados e empregadas públicas contratados de forma fraudulenta e pola elevación das contías indemnizadoras. O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia uniuse a esa tendencia na súa sentenza do 28 de xuño de 2024 (rec. 1309/2024), recoñecendo, por primeira vez, o dereito a indemnización dun traballador interino que, tras anos contratado de forma irregular, obtivo unha praza de funcionario.

O traballador demandante prestaba servizos na Universidade de Vigo desde decembro do 2004 ata novembro de 2010 en virtude de cinco contratos temporais e un contrato de arrendamento de servizos. Dende dicha data ata maio de 2023 estivo a prestar servizos cun contrato de interinidade. En tal rango temporal, a Universidade de Vigo convocou proceso selectivo para ingresar como persoal funcionario, incluíndose nel a praza ocupada polo traballador. O traballador, tras superar o proceso selectivo, foi nomeado como funcionario de carreira da Escala Técnica Superior de apoio á docencia e investigación en abril de 2023 e foi requirido para a toma de posesión, solicitándolle a Universidade a renuncia ao seu contrato de interinidade. O traballador contestou á entidade manifestándolle que non renunciaría ao contrato de traballo e que esperaba a que fose a Universidade a que declarase o cesamento ou extinción. A Universidade, con todo, mantivo que non procedía o cesamento e que, de non renunciar ao contrato, o traballador estaría a incorrer nunha causa de incompatibilidade que lle impediría tomar posesión. Finalmente, o traballador compareceu ante notario para manifestar que renunciaba ao contrato de traballo non de forma voluntaria, senón forzada e imposta pola Universidade, e que dentro de tal renuncia non se atopaba ningún dos dereitos inherentes á súa condición de persoal laboral nin, en particular, a indemnización por cesamento. Finalmente, o traballador tomou posesión como funcionario de carreira e demandou á Universidade de Vigo alegando que era un traballador indefinido non fixo e que a súa renuncia, realmente, constituía un despedimento improcedente. A súa demanda foi desestimada integramente en primeira instancia. Con todo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sostivo un criterio substancialmente diferente á hora de resolver o recurso de suplicación interposto polo traballador demandante.

O Tribunal Superior de Xustiza entendeu que, no caso concreto, non existía unha extinción da relación constitutiva de despedimento, porque o traballador continuou desempeñando a mesma prestación de servizos. Con todo, si considerou que a perda da condición de persoal laboral indefinido non fixo xeraba dereito a percibir unha

indemnización, aínda que dita perda fose consecuencia da superación do proceso selectivo. Para chegar a tal conclusión, a Sala trouxo a colación a doutrina do Tribunal Supremo relativa ao abuso na contratación temporal das administracións públicas [STS do 28 de xuño de 2021 (rcud. 3263/2019)] e declarou, en primeiro lugar, que existiu fraude ou abuso na contratación, pois non se deu ningunha circunstancia extraordinaria que xustificase a ausencia dun proceso selectivo para cubrir definitivamente a praza vacante durante un período moi superior a tres anos. En segundo lugar, en aplicación da sentenza do Tribunal de Xustiza anteriormente mencionada, a Sala reiterou que a convocatoria dun proceso selectivo non exime de responsabilidade á administración polo abuso na contratación e que, consecuentemente, é posible esixir unha indemnización en tal concepto. Para fixar a contía da indemnización neste caso concreto, o Tribunal Superior de Xustiza partiu da doutrina xudicial relativa á indemnización por extinción do contrato indefinido non fixo por cobertura regulamentaria da praza [STS do 8 de febreiro de 2024 (rcud. 637/2022)]. A xuízo do Tribunal, a indemnización de 20 días por ano de servizo *“es insuficiente para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión”*. Con todo, neste suposto, a Sala non puido recoñecer unha contía de indemnización superior aos 20 días por ano de servizo, pois o traballador demandante solicitara precisamente tal indemnización. Para a determinación da indemnización excluíuse, en todo caso, o período no que o traballador prestou servizos como traballador autónomo, pois non constaban elementos para determinar a súa laboralidade. Así as cousas, os contratos subscritos desde novembro do 2010 a maio de 2023, a razón de 20 días de salario por ano de servizo, determinaron unha indemnización para o traballador que ascendeu a 31.566,45 euros.

9. DESPEDIMENTO DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE ENFERMIDADE: SENTENZAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DE 10 DE XANEIRO DE 2024 (REC. 4377/2023) E 29 DE XANEIRO DE 2024 (REC. 4571/2023)

A Lei 15/2022, do 12 de xullo, integral para a igualdade de trato e a non discriminación tivo unha repercusión notable no ámbito das relacións laborais. A ampliación das características especialmente protexidas e, polo tanto, das causas de discriminación, orixinou debates ao redor da nulidade do despedimento. É o caso, por exemplo, do despedimento por razón de enfermidade, pois, ata a entrada en vigor da norma, a extinción só merecía a cualificación de nula cando tal enfermidade constituíse unha discapacidade. Tras a incorporación ao ordenamento xurídico da enfermidade como causa censurable de discriminación, existe base suficiente para cualificar como nulos os despedimentos que estean conectados cunha situación de incapacidade temporal e recoñecer ás persoas traballadoras afectadas unha indemnización pola vulneración dos seus dereitos fundamentais.

Así o mostran as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 10 de xaneiro de 2024 (rec. 4377/2023) e 29 de xaneiro de 2024 (rec. 4571/2023).

No primeiro caso, a traballadora demandante prestaba servizos como auxiliar de axuda a domicilio para unha empresa desde agosto do 2020 a xaneiro de 2023, mes no que se produciu unha subrogación empresarial e comezou a prestar servizos para a nova empresa adxudicataria. A pesar de que a traballadora tiña un contrato de traballo indefinido coa empresa anterior, a nova empresa adxudicataria subscribiu con ela un contrato de interinidade para substituír a outra traballadora desde o 1 de marzo de 2023, dándoa de baixa o 20 de marzo dese mesmo ano. Durante ese lapso temporal, a traballadora demandante estivo en situación de incapacidade temporal; en concreto, de outubro do 2021 a febreiro de 2023 e do 16 marzo de 2023 ata o momento do axuizamento.

No segundo caso, o traballador demandante estivo en proceso de incapacidade temporal de setembro a decembro

de 2022 e foi despedido en xaneiro de 2023, sen tan sequera reincorporarse do goce das súas vacacións anuais, por un suposto descenso no seu rendemento en comparación co resto dos seus compañeiros e compañeiras.

En ambos os supostos, ningún dos traballadores estaba afectado por unha enfermidade que fose constitutiva de discapacidade de acordo coa doutrina xudicial. Con todo, o Tribunal Superior de Xustiza considerou que a extinción da relación laboral de ambos era discriminatoria por razón de enfermidade e, por tanto, nula.

Tras estimarse as demandas de ambos os traballadores en primeira instancia, as partes demandadas interpuxeron recursos de suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Este Tribunal declarou, en primeiro lugar, que os cesamentos de ambos os traballadores infrinxiran o art. 2 da Lei 15/2022, que recoñece o dereito de toda persoa á igualdade de trato con independencia da súa enfermidade ou condición de saúde. A xuízo do órgano, a conexión temporal entre os procesos de incapacidade temporal e os cesamentos dos traballadores poñían de manifesto indicios discriminatorios que non foron rebatidos polas empresas, en aplicación da doutrina de investimento da carga da proba (arts. 96.1 e 181.2 da Lei Reguladora da Xurisdición Social). Ao anterior indicio sumábaselle, no caso da sentenza do 10 de xaneiro de 2024, a non alegación de ningunha causa para a extinción da relación laboral e a existencia dun contrato de traballo de substitución cuxa existencia mesma non tiña sentido, pois a relación laboral xa estaba definida. Ademais, no suposto da sentenza do 29 de xaneiro de 2024, os feitos imputados na carta de despedimento, constitutivos dun suposto descenso de rendemento, remontábanse meses atrás (xullo e agosto), estaban prescritos e puideron ser tomados como referencia para dar por terminada a relación laboral no período de proba, que finalizaba o 30 de agosto. O Tribunal Superior de Xustiza destacou que o despedimento das persoas traballadoras en situación de baixa médica non constituía unha causa de nulidade obxectiva ou automática do artigo 55.5 do Estatuto dos Traballadores, de tal modo que a declaración de nulidade pasaba por que as persoas traballadoras afectadas acreditasen a posible conexión entre

a extinción do contrato e a súa enfermidade. Existindo indicios que apuntaban en tal sentido, e non probando as empresas razóns obxectivas e alleas á vulneración de dereitos fundamentais, o Tribunal confirmou a declaración de nulidade dos despedimentos, por discriminatorios por razón de enfermidade, e condenou a ambas a abonar unha indemnización por danos morais. No primeiro suposto, a indemnización fixouse en 3.000 euros, compartindo o criterio do xulgador de instancia. Tal quantum indemnizador determinouse tendo en conta á idade da traballadora, a fraudulencia na contratación, os gastos farmacéuticos que esta asumiu, os danos que se provocaron na súa formación profesional, estabilidade psíquica y no seu dereito á promoción laboral, o salario mensual, a antigüidade e a duración do proceso de represalia o prexuízo. No segundo suposto, a indemnización ascendeu a 6.250 euros.