

DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Personal Investigador en Formación (FPU)

Universidade de Santiago de Compostela

lidia.gil.oter@usc.es

Palabras clave: despido, prueba documental, registro de jornada, contratación temporal, derechos fundamentales, reducción de jornada.

Keywords: dismissal, documentary evidence, time registration system, part-time work, fundamental rights, reduction of working hours.

Palabras chave: despedimento, proba documental, rexistro de xornada, contratación temporal, dereitos fundamentais, reducción de xornada.

1. WHATSAPP: PRUEBA A EFECTOS DE REVISAR LOS HECHOS EN SUPLICACIÓN Y CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE DESPIDO (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de marzo de 2019 y de 29 de mayo de 2019)

El acceso al recurso de suplicación no sólo viene determinado por la identificación de las resoluciones recurribles, sino que, además, debe darse alguno de los motivos tasados y especificados por el artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Si bien con carácter general se acostumbra el examen, dentro del recurso de suplicación, de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, entre estos motivos destaca el error judicial “en la valoración de las pruebas documentales o periciales”. La apreciación y procedencia de este motivo, previo cumplimiento de una serie de requisitos, no determina una

nueva valoración de la prueba, sino la excepcional revisión de las conclusiones de hecho de la sentencia de instancia cuando esos documentos o pericias pongan de manifiesto de forma incuestionable un error por parte del juez "a quo" (STC 93/1997).

La prueba documental en el proceso laboral goza de un importante valor. No obstante, este valor implica una consecuencia muy importante dada su relevancia: la determinación del propio concepto de prueba documental. Esta labor de determinación adquiere además una dificultad añadida, dada la carencia de un significado común para todos los órdenes jurisdiccionales.

La referencia al documento en papel que recoge un texto escrito se ha visto superada especialmente por los avances tecnológicos y los documentos electrónicos tales como fotografías, planos u otros que no necesariamente incorporan un texto¹. Esto, a su vez, ha traído un difícil deslinde entre la prueba documental y otros medios de prueba recogidos en el artículo 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como son *los "medios de reproducción de la palabra, sonido e imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos o cifras (...) relevantes para el proceso"*. ¿Las conversaciones de *whatsapp* aportadas a un proceso se pueden considerar prueba documental y, por ende, un error en su valoración puede dar lugar al recurso de suplicación? A esta pregunta es a la que intenta dar respuesta el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 26 de marzo de 2019.

A su vez, la introducción del *whatsapp* como medio ordinario de comunicación, incluso en las propias relaciones laborales respecto de superiores o de compañeros de trabajo, ha supuesto la exteriorización de nuevas conductas que vienen a quebrar las normas de convivencia y de paz social. Además, estas pueden ser especialmente

¹ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2018). Casos relativos al proceso ordinario. EN MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (Dir.), Derecho procesal laboral práctico. Casos resueltos y guías de actuación en sala (pp. 165-1909). Valencia: Tirant lo Blanch.

perjudiciales o gravosas por el alcance que pueden llegar a tener, destacando la difusión de contenido relativo a la vida privada de los implicados. Por ello, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de mayo de 2019, si bien también recoge unas consideraciones en torno al *whatsapp* como medio de prueba, centra el examen de su doctrina en el comportamiento de un trabajador despedido por difundir a través de este medio de comunicación y otras redes sociales como *Facebook* un vídeo de su superior haciendo deporte que él mismo graba durante un encuentro fuera de la jornada laboral, siendo posteriormente objeto de mofas por parte de los compañeros.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de marzo de 2019

El actor, Epifanio, trabajaba por cuenta del Concello de Santa Comba desde el 25 de enero de 2016 como monitor deportivo, a través de un contrato temporal por obra o servicio determinado para cubrir las actividades deportivas de la temporada 2015-2016. El trabajador, desde un primer momento, no entendió ajustada a derecho esta modalidad contractual, razón por la que presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. El 15 de septiembre de 2016 el Concello de Santa Comba comunicó a Epifanio y a otros trabajadores, contratados bajo la misma modalidad contractual, la finalización de sus respectivos contratos por finalización de las actividades deportivas de la temporada. Contra dicha decisión interpone Epifanio demanda de despido en la que solicitaba, o bien la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad o, subsidiariamente, su improcedencia por utilización fraudulenta de la modalidad contractual.

Si bien en primera instancia se desestima la demanda por entender ajustada a derecho la modalidad contractual y por no haberse producido el despido como represalia a la denuncia ante la ITSS (la extinción también afectó a otros trabajadores del centro deportivo), dicha sentencia es recurrida en suplicación ante el TSJ adoleciendo, según juzga este último, de importantes deficiencias de técnica procesal. El recurso se fundamenta por la vía del artículo

136 b) LRJS, pretendiendo que el objeto de la suplicación se ciña a la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales que se hubiesen practicado.

Más allá de las consideraciones que hace el Tribunal, referidas a la verdadera naturaleza excepcional del recurso de suplicación y que impide una *valoración ex novo* de la prueba practicada salvo circunstancias muy determinadas, éste debe reflexionar acerca de los *whatsapps* aportados por el recurrente en una serie de documentos. Bajo juicio del trabajador, en dicha prueba aportada se fundamentaría un error en la determinación de la antigüedad, al poder extraerse de conversaciones con empleados municipales mantenidas por esa vía telemática que desarrolló labores de monitor deportivo con anterioridad a la firma del contrato. Tomando en consideración que la prueba válida a efectos revisorios únicamente puede ser la prueba documental o pericial, el TSJ considera los *whatsapps* aportados como una prueba testifical documentada que encajaría en la referencia genérica que recoge el artículo 299.2 LEC a los medios de reproducción de la palabra, sonido o imagen o, como los denomina el TSJ, los "medios nuevos de prueba". Bajo su consideración, estos medios aportados por el trabajador no tienen la consideración de prueba documental y tampoco cabe entender que se constituyan como documentos electrónicos o informáticos al carecer de la firma electrónica que exige la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, razón que, entre otras, lleva al Tribunal a rechazar las revisiones propuestas y desestimar íntegramente el recurso de suplicación.

Sin lugar a duda, la reflexión esgrimida en esta sentencia posee una importancia destacable al ser, cada vez más frecuente, la aportación en los procesos laborales de "pantallazos" de conversaciones de *whatsapp* que incluso pueden recoger despidos. Esta cuestión no es nueva para el TSJ de Galicia, que ya tuvo que pronunciarse al respecto en su sentencia de 28 de enero de 2016. En ella determinó que la consideración de una conversación de *whatsapp* como prueba documental requería no sólo la copia en papel de la impresión de la pantalla, sino una transcripción de la

conversación y comprobación de su autenticidad a través de acta notarial sobre dichos extremos para evitar problemas de posibles manipulaciones, tal y como se advirtió por el Tribunal Supremo (STS de 19 de mayo de 2015). Sería necesaria consecuentemente la aportación del propio móvil para que el LAJ levantase acta de su contenido o la realización de una prueba pericial. Teniendo en cuenta que estas nuevas pruebas digitales constituyen realidades que han venido para quedarse, no cabe duda de que los efectos que de ellas se deriven, en este caso, a efectos de prueba, valor y revisión de hechos, volverán a ser objeto de pronunciamiento en sentencias venideras.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de mayo de 2019

En el presente caso, Roque, trabajador de Peugeot Citroën España desde el 2006, venía prestando sus servicios en el turno de noche, periodo durante el cual refirió una mal organización del reparto y sufrió un proceso de incapacidad temporal por estados de ansiedad. En este escenario, el trabajador es cambiado al turno de día en abril de 2017 y, tras la reiteración de sus denuncias por el reparto, en mayo de ese mismo año es adscrito de nuevo al turno de noche hasta que, el día 22 de mayo de 2017, inicia un nuevo proceso de incapacidad temporal con diagnóstico de trastorno de adaptación mixto ansioso depresivo.

Continuando dentro de ese proceso de incapacidad temporal, el 2 de febrero de 2018 el trabajador protagoniza un encuentro “fortuito” y fuera del horario laboral con su superior jerárquico, el responsable del grupo, mientras este último se encontraba practicando marcha deportiva. El trabajador se dirigió al responsable increpándole por la supuesta encerrona que se le había realizado en aquella reunión del año pasado, añadiendo calificativos como cobarde o expresiones como “te tenía que caer la cara de vergüenza” y “a ver no te estoy acosando, te estoy haciendo una pregunta, no vayas a llorar ahora, eh”. Tras indicar el responsable que aquel no era ni el momento ni el lugar para tratar esos temas, el trabajador se dispuso a grabar al responsable durante aproximadamente 3 minutos,

provocándolo, hasta el punto de que el responsable se vio obligado a abandonar la actividad y coger un taxi. En ese momento el trabajador manifiesta "esta es la versión que nos da un responsable de personal a un paciente". Horas más tarde el trabajador subió el video grabado a Facebook y, a su vez, fue reenviado por *Whatsapp* en grupos de trabajadores del centro. La difusión de dicho vídeo fue tal que, cuando el responsable volvió el lunes siguiente al trabajo, fue objeto de chascarrillos y mofas que decían "taxi, taxi".

Estos hechos motivaron que, con fecha de 16 de febrero de 2018, le fuese remitida al trabajador carta de despido disciplinario, reprochando la gravedad de su comportamiento. Dicho despido fue impugnado por el trabajador solicitando su declaración de nulidad por aplicación de la garantía de indemnidad, basada en las reclamaciones y denuncias formuladas por el sistema de reparto. Desestimada la pretensión por la sentencia de instancia, el trabajador interpone recurso de suplicación solicitando, por una parte, la revisión de los hechos probados y, por otra parte, la declaración de nulidad del despido de nuevo por la aplicación de la garantía de indemnidad y por la consideración de discapacitado del propio trabajador.

Comenzando en primer lugar por la revisión de los hechos probados, el trabajador fundamentaba su pretensión en una serie de conversaciones mantenidas a través de *Whatsapp* y *Facebook*. En este sentido, el TSJ Galicia retoma la línea esgrimida en la sentencia anteriormente comentada, determinando que este tipo de mensajes no constituyen un instrumento hábil a efectos de alterar los hechos probados al no considerarse prueba documental. Estas pruebas tienen para el tribunal la consideración de prueba personal, a pesar de haber sido plasmadas por escrito las conversaciones, en tanto constituyen "*la expresión escrita de la declaración de un tercero (...) y las manifestaciones que recogen tienen el valor de un testimonio documentado*". Amparándose en el Auto del Tribunal Supremo de 21/02/2017, entiende el Tribunal que la propia técnica suplicatoria y el carácter de

los medios de prueba impiden la estimación de la pretensión.

En segundo lugar, y estudiando ya la presunta infracción de normas sustantivas y jurisprudencia, la nulidad por vulneración de derechos fundamentales por la consideración de discapacitado del trabajador se considera para el Tribunal como una cuestión nueva. No había sido planteada ni en la demanda, ampliación o acto de juicio, por lo que el propio carácter extraordinario del recurso de suplicación, que impide el examen de cuestiones no debatidas en la instancia, impide que el Tribunal entre a resolver la cuestión (STSJ Cataluña 13/02/2006). En consecuencia, la reflexión que sigue se centra en la aplicación de la garantía de indemnidad a través de una exhaustiva revisión doctrinal y jurisprudencial que parte del propio origen y conceptualización de la garantía.

La garantía de indemnidad se traduce en una protección dispensada al trabajador ante las posibles medidas de represalia del empresario, derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. Esta tutela de sus derechos se admite tanto a través del ejercicio de las acciones derivadas del contrato de trabajo como a través de actos previos o preparatorios, protegiendo así el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE (SSTC 14/1993 y 66/2002). En este escenario, la aportación por parte del trabajador de un indicio racional del presunto ejercicio ilegal o discriminatorio de la facultad organizativa y disciplinaria del empresario implica la inversión de la carga de la prueba. El empresario, consecuentemente, debe aportar una justificación objetiva, razonable y probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

El Tribunal, en el presente caso, valora las denuncias formuladas por el trabajador en torno al sistema de reparto de trabajo contrapuestas, a su vez, al propio comportamiento relatado en la carta de despido, para finalmente determinar su gravedad como justificación de la decisión extintiva. El despido disciplinario, como máxima sanción del ordenamiento jurídico-laboral, exige un incumplimiento grave y culpable en función de todos los aspectos de la conducta, objetivos y subjetivos, así como

las circunstancias personales y profesionales del trabajador (SSTC 30/01/1981 y 31/10/1988). Dada la propia naturaleza de la conducta del trabajador, una conversación fuera de la jornada de trabajo donde se han manifestado ciertas posiciones y expresiones incorrectas, el TSJ trae a colación la libertad de expresión y los límites en torno al respeto a la dignidad y el honor del presunto afectado.

Así, la causa que sirve de base al despido disciplinario en estas circunstancias debe suponer un ataque que quiebre la convivencia entre el insultante y el insultado en condiciones de paz y mutuo respeto, sin necesidad de que se requiera una reiteración en el comportamiento (SSTS 28/11/1988 y 29/04/1986). El examen de la conducta en base a los hechos probados, expresiones y finalidad perseguida, lleva a concluir al TSJ Galicia que esta se considera suficientemente grave y culpable para merecer la sanción máxima aún habiendo una denuncia previa por parte del trabajador. Si bien estas denuncias suponen la aportación por parte del trabajador del indicio comentado con anterioridad, lo cierto es que la carta de despido se refiere a una conducta del trabajador que, por sí sola, reviste la gravedad suficiente para justificar el despido, insistiendo además en la intencionalidad del trabajador a la hora de hacer pública la grabación en redes sociales (recuérdese la frase durante la grabación "*esta es la versión que nos da un responsable de personal a un paciente*"). Teniendo en cuenta que la conducta del trabajador supone la demostración por parte del trabajador de la razonabilidad de la medida adoptada, la pretensión es desestimada por el Tribunal, declarando así el despido procedente y confirmando la sentencia de instancia.

2. REGISTRO DE JORNADA: MEDIDA PROTECTORA Y DE CONTROL (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de junio de 2019)

La importancia del control horario y del registro de jornada de los trabajadores nace cuando, en el año 2017, el Tribunal Supremo puso encima de la mesa la obligación del registro de las horas extraordinarias en contraposición al registro de jornada diaria (STS 23/03/2017), siendo

reiterada en posteriores sentencias (STS 20/04/2017) de una manera no siempre pacífica. Muestra de ello no son sólo los 5 votos particulares con los que cuenta la sentencia originaria del Tribunal Supremo, sino también el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un sentido totalmente contrario, defendiendo la existencia de un sistema objetivo, fiable y accesible para computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador (STJUE de 14 de mayo de 2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras CCOO y Deutsche Bank*, asunto C-55/18).

La publicación de este último pronunciamiento proveniente de instancias europeas coincidió en el tiempo con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. A través del mismo y la modificación operada en el artículo 34 ET, el deber de la empresa de garantizar el registro diario de jornada se hizo patente, debiendo recoger dicho registro el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora.

Más allá de los debates surgidos en torno a las concretas fórmulas de registro, resulta innegable la finalidad tuitiva que se encuentra en la propia base u origen de la medida, en la línea de protección del trabajador frente al fraude y el trabajo no remunerado y las propias políticas seguidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. No obstante, cada vez en mayor medida se observa la transformación de esta medida, beneficiosa *a priori* para los trabajadores, en un instrumento de control de la actividad realizada por el trabajador a disposición del empresario: duración de los descansos, impuntualidad de los trabajadores, etc.

El hecho de que el control del empresario se haga patente a través del registro de la jornada conlleva, a su vez, la realización, en situaciones puntuales, de conductas de fraude por el propio trabajador. Aún siendo un fenómeno minoritario, el falseamiento de los datos de control horario se ha calificado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 12 de junio de 2019 como conducta constitutiva de despido, no reprochando el

absentismo del trabajador, sino la transgresión de la buena fe contractual que dicha conducta comportaba.

Los hechos probados de esta sentencia determinan que el trabajador, que prestaba servicios para la empresa como vigilante de seguridad desde el año 2006, debía realizar un turno de noche entre las 23.00 y las 7.00 de los días 12 y 13 de abril de 2018. Esa misma noche se personaron en el centro de trabajo dos inspectores de servicios de la empresa, para realizar una serie de inspecciones nocturnas. Durante esta visita pudieron comprobar que el trabajador no se encontraba en su puesto de trabajo pese a que la hoja que recogía el informe de finalización del servicio, simulando su salida a la hora asignada, las 7.00 del día siguiente. Tras recibir el aviso de un compañero del centro, el trabajador acude al centro de trabajo portando debajo del uniforme "*lo que parecía ser un pijama*". Justificó su ausencia en el hecho de que había tenido que ir a su casa a por una pastilla que necesitaba.

El 30 de abril recibe el trabajador carta de despido en base a los hechos anteriores, despido disciplinario que se declara procedente en instancia. Tras el recurso interpuesto por el trabajador contra la sentencia del Juzgado de lo Social, el TSJ se adentra en una reflexión referente a la transgresión de la buena fe contractual al hilo de la valoración de la conducta del trabajador y la proporcionalidad y ponderación del despido. La buena fe es consustancial al contrato de trabajo (art. 20.2 ET) y de observancia obligada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales [art. 5 a) ET], pero no toda conducta de transgresión es mercedora, a juicio del Tribunal, de la sanción máxima del ordenamiento laboral como es el despido. Sin perjuicio de que no se exija un dolo específico (STS 24/01/1990), el incumplimiento contractual por parte del trabajador sí debe ser grave y culpable, y en la valoración de dichos calificativos son muchos los factores que deben tenerse en cuenta dentro de la doctrina gradualista: circunstancias del hecho, del autor, la categoría profesional, la responsabilidad del puesto, la confianza depositada, etc. (STS 18/03/1991). En aplicación de los principios de individualización y de proporcionalidad, en el caso concreto entiende el TSJ la

medida extintiva del contrato de trabajo como proporcional. Así, bajo su juicio, el trabajador “*no sólo ha vulnerado la confianza del empleador, ausentándose de un servicio de vigilancia sin informar a nadie y sin justificación de ningún tipo*”. La gravedad de la conducta se observa cuando, conjuntamente a la ausencia, se le suma el propio informe o parte de incidencias en el que el trabajador hizo constar ficticiamente su salida en el horario que tenía asignado, habiéndose ausentado en realidad casi seis horas antes de dicho momento. Por ello, en conjunción con los artículos del convenio colectivo aplicable relativos a la sanción por “*falsedad, deslealtad, fraude o abuso de confianza a la empresa durante el desempeño de sus tareas*”, el TSJ ratifica la sentencia de instancia, calificando la conducta como merecedora de la sanción más grave, el despido, declarado en consecuencia procedente.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL E INDEMNIZACIÓN: REPERCUSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Desde que en septiembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictase la sentencia del caso *De Diego Porras I* (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14), el estudio de la indemnización tras la extinción de un contrato temporal y la repercusión del principio de no discriminación entre trabajadores con contrato temporal y con contrato indefinido ha sido abundantemente abordado por la doctrina, al hilo de una jurisprudencia en continua evolución y de la que se habían hecho eco todos los tribunales españoles. Con la idea principal de que los trabajadores con contrato de interinidad no tenían derecho a indemnización alguna al alcanzar el término que pondría fin a su contrato, el TJUE consideró en la sentencia anteriormente referenciada que existía una diferencia de trato entre estos trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores con contrato por tiempo indefinido, que sí gozaban de la misma cuando se producía la extinción por causas objetivas previstas en el artículo 52 ET.

Más allá de los debates que dicho pronunciamiento y su posterior aplicación provocaron, lo cierto es que la

interpretación del Acuerdo Marco sobre trabajos de duración determinada (Directiva 1999/70/CE) no se ha quedado estancada sino que, por el contrario, ha ido evolucionando. Así, con casi dos años de diferencia, las sentencias *Grupo Norte Facility* (STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-574/16) y *Montero Mateos* (STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16) comenzaron a apuntar como razón objetiva que justificaría la diferencia de trato entre trabajadores indefinidos y temporales, en lo que a indemnización por extinción contractual se refiere, el contexto diferente en el que se producían las extinciones contractuales. Así, el conocimiento previo por las partes del término de una relación temporal como el contrato de interinidad se oponía al carácter imprevisto de la ruptura de la relación indefinida prevista en el artículo 53 ET. Además, en caso de que se produjese el supuesto de hecho amparado por dicho precepto, se garantizaría el abono de una indemnización concreta con independencia de la duración determinada o indefinida de los contratos. La rectificación, aunque no se exprese en dichos términos, vino directamente con la sentencia *De Diego Porras II* (STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17) en la que se determina que no es contraria a la Directiva 1999/70/CE los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que no otorgan a la extinción regular de un contrato temporal la indemnización prevista para el despido por causas objetivas. Esta doctrina fue acogida ya por el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo de 2019, diferenciando así la identidad del régimen indemnizatorio correspondiente.

Según lo esperado, este "vaivén" afectó a los casos pendientes de resolución, especialmente en la vía de recurso, y así se puede observar a través de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 468/2019, de 18 de junio, en la que se viene a confirmar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de julio de 2017 y, consecuentemente, aplicar la corrección de la doctrina jurisprudencial anterior. A su vez, también destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de 11 de abril de 2019 no sólo por el número de afectados posibles, investigadores universitarios con contratos

predoctorales, sino que, al hilo de la discusión acerca de la indemnización por finalización de dicho contrato, acoge plenamente los ecos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aplica directamente el principio de no discriminación entre trabajadores temporales, a la luz de lo dispuesto por el Auto TJUE de 19 de marzo de 2019, CCOO, asunto C-293/18.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 468/2019, de 18 de junio

La trabajadora prestaba sus servicios como docente para un centro de enseñanza concertado en virtud de un contrato de interinidad para sustituir a otro trabajador, liberado sindical y con derecho a reserva del puesto de trabajo. Esta trabajadora recibe comunicación de extinción del contrato de trabajo por la próxima reincorporación del trabajador en excedencia. Más allá de que, con días de posterioridad, este trabajador de nuevo es designado "permanente sindical" y, por lo tanto, es necesario cubrir su puesto de nuevo, la trabajadora formula demanda de despido entendiendo que la reincorporación no había sido efectiva o real. A su vez, reclamaba la indemnización propia del despido objetivo, tal y como se había declarado en la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (*De Diego Porras I*).

En primera instancia se considera válida la extinción del contrato de interinidad y no se considera trasladable la doctrina respecto a la indemnización, especialmente por tratarse de una relación entre particulares. Ya en suplicación el TSJ Galicia sigue considerando que no cabe comparar la terminación del contrato de interinidad por una causa que justifica su propia razón de ser con la extinción de un contrato indefinido por causa sobrevenida. Siendo en consecuencia éstos los términos de debate dentro del recurso de casación, el Tribunal Supremo es consciente de que su respuesta proviene de la evolución jurisprudencial que ha nacido a partir del grupo de sentencias anteriormente referido, y así lo expresa haciendo un breve resumen de la doctrina contenida en cada una de ellas. Las indemnizaciones previstas en el artículo 49.1 c) ET, donde se excluye de ellas al contrato de interinidad, y las previstas

en el artículo 53.1 b) ET, poseen identidades diferenciadas basadas, precisamente, en la ruptura de la estabilidad de una relación por causas sorpresivas que se contraponen a un término previamente pactado y conocido por las partes. Consecuentemente, entiende que no constituye un régimen contrario a la cláusula sobre no discriminación del Acuerdo marco sobre trabajos de duración determinada. Entiende el Tribunal Supremo que no es posible transformar una "*finalización regular de un contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal*", sin menoscabo del respeto al derecho a no discriminación de los trabajadores temporales. La aplicación al caso presente de la doctrina corregida conlleva a que, consecuentemente, el Tribunal Supremo entienda válida la extinción del contrato de interinidad y no reconozca aplicable la indemnización de 20 días establecida para el despido objetivo a un supuesto como el presente de terminación regular de un trabajo temporal, concretamente de interinidad.

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2019, CCOO, asunto C-293/18 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 2019

Los contratos predoctorales, contratos de duración determinada para la realización de tareas de investigación, son suscritos con una periodicidad frecuente por todas las Universidades españolas, incluida la Universidad de Santiago de Compostela, al amparo de, entre otras normas, la Ley 14/2001, de 1 de junio, de la Ciencia, Tecnología y la Innovación, el II Convenio Colectivo para el personal docente e investigador laboral de las Universidades de Coruña, Santiago de Compostela y Vigo y de la Normativa para la contratación de Personal del Consejo de Gobierno de la Universidad de Santiago de Compostela con cargo a las actividades de investigación, desarrollo e innovación. El carácter temporal de estos contratos (entre 1 y 4 años, según la previsión legislativa) y el no reconocimiento expreso del derecho a percibir un resarcimiento derivado del cese o finalización de dicho contrato es lo que motiva al

Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia a presentar demanda de conflicto colectivo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia frente a la USC. El resto de codemandados (UGT Galicia y CIGA) acabaron adhiriéndose a la petición actora: el reconocimiento de la indemnización legalmente fijada para el despido objetivo o, subsidiariamente, la indemnización prevista para el contrato de obra o servicio determinado.

Tras las oportunas deliberaciones, el TSJ planteó una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para dilucidar, en esencia dos grandes aspectos. En primer lugar, si los contratos predoctorales se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada) y resultaban situaciones comparables respecto del principio de equivalencia entre trabajadores temporales e indefinidos (Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada). En segundo lugar, si la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores fijos y temporales [arts. 49.1 c) y 52 ET] resulta contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión Europea.

El TJUE dio respuesta a estas cuestiones en el Auto de 19 de marzo de 2019 a través de 4 lógicos pasos fundamentados fáctica y jurídicamente. En primer lugar, las cuestiones formuladas obligaron al TJUE a estudiar, de nuevo, el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco en virtud de lo dispuesto en sus cláusulas 2 y 3. Los trabajadores con contrato de duración determinada se caracterizan por estar vinculados con el empresario, sea éste ente público o privado (*SSTJUE Regojo Dans y Pérez López*), a través de un contrato de trabajo o una relación laboral cuyo final viene determinado por condiciones objetivas como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio o la producción de un hecho o acontecimiento. Así, según la información facilitada por el TSJ Galicia, especialmente la explicación de lo expresado en los artículos 20 y 21 de la Ley 14/20011, el TJUE entiende que los trabajadores que suscribieron con la USC un contrato de trabajo predoctoral,

de duración determinada por un periodo de un año prorrogable, sí están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del correspondiente Acuerdo.

Una vez determinado esto, respecto de las cuestiones específicas de discriminación en relación a las posibles indemnizaciones, el TSJ Galicia había informado al TJUE de que los contratos predoctorales en sí mismo no tenían reconocida una indemnización concreta en la normativa general (art. 49.1 ET). Bajo esta premisa, el TJUE aclara que el Acuerdo Marco únicamente se aplica a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentre en una situación comparable. Quedan fuera, consecuentemente, las diferencias de trato entre las categorías de personal con contrato de duración determinada (*STJUE Viejobueno Ibáñez y de la Vara González*). Por ello, la reflexión que preside la argumentación posterior del TJUE parte del examen de la indemnización como condición de trabajo que afecta de modo dispar a trabajadores con contrato de duración determinada y a trabajadores con contrato de duración indefinida.

Sin perjuicio de que, según el TJUE, incumbe al TSJ considerar si la situación del trabajador con contrato predoctoral es comparable a la de un trabajador con contrato de duración indefinida, la existencia de dicha situación comparable obliga a que la carencia de indemnización alegada se justifique en una razón objetiva. Llegados a este punto, el TJUE en tercer lugar retoma la línea argumental seguida por las sentencias *Montero Mateos*, *Grupo Norte Facility* y *De Diego Porras II* al entender que la finalización de un contrato temporal por el vencimiento de un término previamente conocido por las partes en el momento de suscripción del contrato se produce en un “contexto sensiblemente diferente” a la finalización del contrato por causas objetivas, basado en un carácter ciertamente imprevisto. Es este carácter el que justifica la indemnización prevista en los artículos 52 y 53 ET, en aras a compensar la frustración de las expectativas legítimas de estabilidad laboral. Este objetivo específico,

junto con el contexto en concreto, determina la existencia de una razón objetiva que justifique la diferencia de trato en la indemnización por finalización del contrato prevista en los correspondientes artículos. Todo ello teniendo en cuenta que en el despido objetivo esta indemnización se atribuye por igual al personal indefinido y al personal temporal.

Así, el TJUE concluye que “*la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos predoctorales al vencimiento del término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva*”.

De acuerdo con lo mencionado con anterioridad, el TSJ insiste de nuevo, y al igual que había hecho el Tribunal Supremo, en la identidad específica de los diferentes regímenes de indemnización, contraponiendo el conocimiento previo del término en la relación temporal con la presunta estabilidad que otorga el contrato indefinido y su ruptura imprevista. Esto, en primer lugar, lleva al TSJ a desestimar la pretensión relativa al reconocimiento de la indemnización de 20 días prevista en el artículo 53.1 b) ET. No obstante, y aunque las diferencias de trato entre trabajadores de duración determinada no estén incluidas en el principio de no discriminación del Acuerdo Marco, el TSJ entiende que el contrato predoctoral se configura como un contrato de obra o servicio y no un contrato formativo respecto del que excluye expresamente el artículo 49.1 c) ET la indemnización. De este modo, reconoce el Tribunal la indemnización prevista a los investigadores predoctorales en la cuantía que casuísticamente corresponda. El TSJ de Galicia marca así un precedente con este reconocimiento a través de una sentencia que, una vez adquiera firmeza, legitimará numerosas pretensiones del colectivo.

4. CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA Y UNIDAD ESENCIAL DEL VÍNCULO

La figura del encadenamiento de contratos temporales, recogida en el artículo 15.5 ET, ha originado respecto de su

aplicación la reflexión jurisprudencial acerca de la continuidad en la relación laboral. Cada vez es más frecuente observar en las sentencias la concatenación de contratos temporales incluso durante años con períodos de interrupción entre ellos que, evidentemente, pueden ser de lo más variado. Esta continuidad no sólo resulta importante a efectos del fraude en la contratación y la conversión hacia un contrato indefinido, sino que también de ella dependerá la antigüedad del trabajador y las consecuencias que se pueden derivar de la misma, como la atribución de complementos o el cálculo de la indemnización por despido. Por ello, resulta primordial la evolución jurisprudencial respecto de la interrupción significativa entre contratos temporales a efectos de su aplicación en casos concretos, prescindiendo de reglas aritméticas o fechas concretas, cuyo entendimiento será fundamental al hilo de este apartado concreto.

Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia de 29 de enero de 2019

Desde el año 2006 hasta el año 2011, una trabajadora del Concello de Guitiriz venía prestando sus servicios como peón jardinera a través de sucesivos contratos temporales. En concreto, a un contrato para la formación suscrito inicialmente entre el 29 de diciembre de 2006 y 28 de diciembre de 2007 le sucedieron dos contratos por obra o servicio determinado (del 19/06/2008 al 18/03/2009 y del 23/03/2009 al 31/12/2009), un contrato eventual por circunstancias de la producción (del 17/03/2010 al 16/09/2010), un contrato de interinidad por vacante (del 27/09/2010 al 30/11/2010) y, de nuevo, un contrato eventual por circunstancias de la producción (del 01/02/2011 al 12/07/2011). A partir del 13 de julio de 2011 la trabajadora se encontraba vinculada con el Concello a través de un contrato indefinido no fijo por Acuerdo del Gobierno Local. Interpuestos recursos por la trabajadora afectada y otra compañera contra una serie de Decretos reguladores de los procesos selectivos en virtud de los cuales fueron contratadas, el 28/12/15 se declara por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo la lesividad del acuerdo de nombramiento, procediendo así el

Concello a la ejecución de la sentencia a través de la extinción de la relación laboral el 15/02/2017.

Ante estos hechos, la trabajadora interpone demanda, desestimada en instancia, solicitando la improcedencia del despido por error inexcusable en la cuantía de la indemnización por no apreciar la unidad esencial del vínculo y la correcta antigüedad de la trabajadora, en la medida en que únicamente se tuvo en cuenta la antigüedad desde el 13 de julio de 2011 (fecha en la que fue contratada como indefinida no fija). El TSJ parte de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo y su correspondiente evolución para fijar la antigüedad de la trabajadora ante la sucesión de los contratos temporales. En una primera etapa la unidad esencial de la relación laboral se quebraba ante una interrupción significativa, es decir, una interrupción de 20 días entre los contratos temporales, tomando como base el plazo de caducidad para accionar el despido. Pese a ello, la jurisprudencia marcó un giro cuando determinó que eran las circunstancias del caso las que debían valorarse, interpretando además en sentido amplio la valoración del plazo "significativo", precisamente por la concurrencia de fraude de ley (STS 07/06/2017). Se rechaza la fijación de un tope exacto o la atención aritmética a la duración de las interrupciones entre los contratos sucesivos, para atender así al "tiempo total transcurrido, el volumen de la actividad, el número y duración de los cortes, la identidad de la actividad productiva, la existencia de anomalías contractuales, etc." (STS 10/07/2010). Se llega así a reconocer la unidad del vínculo aún con interrupciones de 45 días (STS 15/05/2015) o incluso de 69 días en caso de reiterada contratación fraudulenta (STS 23/02/2016).

Sin perjuicio de que en el caso concreto efectivamente la contratación realizada por el Ayuntamiento resultó ser fraudulenta, en una duración global de 10 años se producen 5 interrupciones, prestando siempre los mismos servicios aún bajo diversas modalidades contractuales, lo que determina la necesidad estructural de la contratación. En base a la anterior jurisprudencia, el TSJ entiende que, con independencia de que el último contrato sea de fijo discontinuo y que no se haya alegado en el proceso fraude

en la contratación, la unidad esencial del vínculo se produce desde el primero de los contratos temporales, el 29 de diciembre de 2006, fecha que debe tomarse como referencia para la fijación de la cuantía de la indemnización a la de suscripción del contrato indefinido.

Producíéndose así un error en la cuantía indemnizatoria, en segundo lugar, el TSJ entra a valorar si dicho error es excusable o inexcusable a efectos de determinar la procedencia o improcedencia del despido. De nuevo, parte el Tribunal de una necesaria ponderación en conjunto de las circunstancias (STSJ Galicia 24/01/2012) como la incidencia de nuevas tablas retributivas (STS 25/05/2005), la escasa cuantía de la diferencia (STS 24/04/2000) o la dificultad jurídica en el cálculo que puedan dar lugar a una discrepancia razonable (STS 25/05/2006). El error excusable se entiende como “*aquel que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia*”. Enfocando el error inexcusable desde una perspectiva de justa o injusta lesión de los intereses en juego, en el caso concreto entiende el TSJ que el error no debe ser excusable en la medida en que la doctrina del Tribunal Supremo declarando la unidad esencial del vínculo ya era manifiesta y la diferencia en la cuantía indemnizatoria era relevante, requiriéndose de una administración pública y sus órganos de representación y asesoramiento una diligencia considerable. En consecuencia, dicho error inexcusable determina la estimación del recurso interpuesto por la trabajadora y la declaración de improcedencia del despido.

5. PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ACOSO LABORAL, DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD O ENFERMEDAD Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL ("JORNADA A LA CARTA")

Los derechos fundamentales informan no sólo el conjunto del ordenamiento jurídico, sino que, más allá, resultan determinantes en el sistema de organización política y jurídica. En este sentido, las relaciones laborales también deben partir de dicha idea, en la medida en que la

celebración de un contrato de trabajo no implica que el trabajador quede privado de los derechos que la Constitución Española le reconoce como ciudadano (STC 98/2000).

El ejercicio de las facultades de vigilancia y control del empresario (art. 20.3 ET), especialmente a través de medios tecnológicos, ha supuesto el nacimiento de una importante doctrina acerca del respeto obligado a los derechos de intimidad, propia imagen del trabajador o el secreto de las comunicaciones (art. 18 de la Constitución Española). No obstante, continúan siendo numerosas las conductas que pueden conculcar la puesta en peligro de otros derechos fundamentales como la dignidad de la persona y trabajador (art. 10.1 CE) o la integridad física y moral (art. 15 CE). Estos últimos derechos fundamentales son los que corren un mayor peligro en cuanto a su vulneración en situaciones de conflictividad, acoso laboral o “mobbing”.

Por esta razón, en primer lugar, se estudiará cómo la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, desde una construcción inicial de los requisitos exigidos para constatar la existencia de “mobbing”, ha interpretado el alcance de las conductas presuntamente vulneradoras en cuanto a su gravedad, entidad, periodicidad y sistematicidad.

Por otra parte, la discriminación laboral también impide el goce y ejercicio de determinados derechos en condiciones de igualdad (art. 14 CE). La discriminación laboral directa o indirecta ha sido y continúa siendo suficientemente atendida por parte de la Unión Europea, que ha desarrollado un extenso cuerpo de jurisprudencia a partir de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación. En este apartado en concreto se traerán a colación sentencias como las de los asuntos *Chacón Navas*, *Ring* o *Daoudi* en cuanto combaten la discriminación por razón de discapacidad y la posible equiparación de la enfermedad a la misma ante trabajadores que son despedidos exclusivamente a causa de una concreta afección.

En último lugar, resulta evidente que las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores afectan a dos grandes preceptos constitucionales: el derecho a la no discriminación de sexo (art. 14 CE), en aras a la parificación y la erradicación de una división sexista de las responsabilidades familiares (STJUE *Roca Álvarez*, 30/09/2010), y la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). Es por ello que medidas como la reducción de la jornada por razones de guarda legal de menores de 12 años (art. 37.6 ET) o la "jornada en la carta" (art. 34.8 ET, modificado por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación) deben partir en su interpretación de la posible concurrencia de los citados mandatos constitucionales, contraria a su propia razón de ser.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de mayo de 2019

La trabajadora prestaba sus servicios en la cafetería del Centro Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela para una empresa de catering como camarera en virtud de contrato de trabajo indefinido. Además, ostentaba la presidencia del Comité de Empresa desde el año 2012. A partir de junio de 2015 se comienzan a suceder una serie de episodios conflictivos con dos de sus compañeros de trabajo, el jefe de cocina y el director/gerente del centro de trabajo, comunicados en su totalidad a la Dirección de la empresa.

En esa fecha se produjo una situación en la que el director/gerente se había dirigido a la trabajadora en un tono de voz alto delante de sus compañeros y clientes para un asunto relacionado con el funcionamiento del servicio. Además, en diciembre de ese mismo año el jefe de cocina le dirige a la trabajadora la expresión "*eres el cáncer de esta empresa*" y el director/gerente, de nuevo, le recriminó a la trabajadora sus actitudes. Estos hechos se tradujeron en quejas, como se dijo anteriormente, ante la Dirección de la empresa, por considerar que los tonos y expresiones

empleadas implicaban menoscabo a su dignidad personal, lo cual no fue compartido en las contestaciones formuladas por la empresa respondiendo, a su parecer, a denuncias “*vagas e imprecisas*”. Con posterioridad, ya en diciembre de 2016, cuando el jefe de cocina se disponía a entrar en el cuarto de descanso del personal en el que se encontraba en ese momento la trabajadora y otro compañero, el primero, para poder acceder, desplazó el carro que habían dejado de recogida de la vajilla y acabó golpeándole a la trabajadora en sus piernas.

Durante el año 2017 existen tres hechos o situaciones destacables a efectos del enjuiciamiento correspondiente. En primer lugar, en abril de 2017, se efectúa un arqueo sorpresa por parte del director/gerente, acompañado de su secretaria, en la caja en la que en ese momento se encontraba la trabajadora en presencia de la clientela y de otra compañera de trabajo. Así, le exigen el dinero que se encontraba en el cajón para su recuento ya que había que “*descubrir qué está pasando*”, lo que provocó las dudas de algunos clientes sobre el trabajo de la afectada. Pasados unos días, el mismo director remite a su secretaria con un billete de 10 a donde se encontraba la trabajadora, billete que le arrojó delante de la clientela por ser presuntamente falso (aunque después se comprobaría que no era así). A su vez, en el mes de mayo, mientras la trabajadora se encontraba manteniendo una conversación telefónica con la otra cafetería del hospital para realizar un pedido, se le recrimina que atienda ella al teléfono y que no haya solicitado las horas sindicales para acudir a una conciliación prevista por un conflicto colectivo que presenta el Comité de Empresa contra la empresa para la aplicación del convenio colectivo.

Dos días más tarde, la trabajadora es trasladada a Urgencias tras un episodio en el que, de nuevo, el director/gerente le recriminó braceando y en tono alto que no subiera la mercancía a la cafetería, llegando a responder a la trabajadora delante de los compañeros y los clientes con la expresión “*eres mala, muy mala*”. Desde esa fecha y hasta el 4 de mayo de 2018 la trabajadora permaneció en un proceso de incapacidad temporal como consecuencia de

los estados de ansiedad que sufría y trastornos reactivos a la problemática laboral. Durante dicho proceso, fue convocada una huelga general por el personal de la empresa de catering con fundamento, entre otros motivos, en el acoso contra la trabajadora y presidenta del comité de empresa, huelga a cuya finalización se determinó la apertura del expediente informativo correspondiente.

Durante el tiempo en el que la trabajadora se encontraba en un proceso de incapacidad temporal, la empresa impuso dos sanciones al jefe de cocina (que se encontraba en situación de incapacidad temporal desde el 9 de abril) por comisión de falta muy grave, pactándose entre las partes el cambio de destino de éste a partir de noviembre de 2017 a un centro de trabajo situado en Barcelona.

Con vista en los anteriores hechos relatados, la trabajadora presentó demanda contra el jefe de cocina, la empresa de catering y el director/gerente, determinándose en primera instancia la existencia de la vulneración de derechos fundamentales a la dignidad y no discriminación de la trabajadora. Así, debía cesar inmediatamente la actitud de acoso contra la trabajadora, a la que se le reconocía un derecho a indemnización por daño moral y psicológico, indemnización que debía ser abonada solidariamente.

Interpuesto recurso de suplicación por las partes demandadas, el TSJ Galicia, dentro de la censura jurídica, se centra en dos aspectos determinantes. El primero de ellos resulta ser la prescripción de los hechos vulneradores de los derechos fundamentales presuntamente cometidos por el jefe de cocina. Con apoyo jurisprudencial abundante, el TSJ entiende que, si bien es cierto que los derechos fundamentales gozan de una naturaleza permanente e imprescriptible, las acciones concretas que derivan de las lesiones a los mismos pueden contar con un límite temporal determinado que, aplicando analógicamente el artículo 59.2 ET, será de un año (STS 09/06/2016). La determinación del *dies a quo* en este caso concreto resulta de extremada importancia en la medida en que el jefe de cocina, por su situación de incapacidad temporal y posterior traslado, no coincidió con la afectada a partir de ese momento. Al igual que había marcado la jurisprudencia con anterioridad, el TSJ

Galicia entiende que el *dies a quo* se fija en el momento en el que tuvo lugar el último de los comportamientos continuados en que ha consistido el acoso laboral. Por ello, si la demanda se presenta por parte de la trabajadora el 24 de abril de 2018 y no coincidió con el jefe de cocina desde el 9 de abril de 2017, se entiende que se ha producido la prescripción respecto de los hechos cometidos por el jefe de cocina. No sólo porque haya transcurrido más de un año de coincidencia en el centro de trabajo, sino porque la última conducta que se le imputa ocurre el 12 de septiembre de 2016. Por esta razón, y con independencia de la gravedad de los hechos ocurridos, el Tribunal considera que las conductas observadas por el jefe de cocina no deben tenerse en cuenta por no poder imputar al mismo la conducta remitida por terceros ni existir confabulación.

En este punto, las conductas que merecen el examen por parte del Tribunal son las observadas por el director/gerente, para determinar si efectivamente, como se determina en instancia, ha existido una conducta de acoso, maltrato y hostigamiento de la trabajadora. En este sentido el Tribunal ya niega esta posibilidad en el comienzo de una argumentación sólida que contrasta los hechos probados con dos elementos calificadores de la situación: la periodicidad de la conducta y su entidad.

El TSJ Galicia ha sido pionero en lo que a la definición de acoso laboral o "mobbing" se refiere, mencionando así en el presente caso la sentencia de la misma sala de 12/09/2002. En ella se entendió el acoso laboral como "*aquella conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo*".

Lo cierto es que dicho fenómeno ha sido atendido especialmente por las instancias europeas a través de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso en el lugar de trabajo (Acta de 20 de septiembre de 2001). Pese a que parece que en diferentes instrumentos se suaviza en el Derecho Comunitario los requisitos de intencionalidad o

duración (Directivas 2000/43, del Consejo de 19 de junio de 2000 o Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002), la doctrina científica que sirve de base a la Sala sí presta atención a dichos elementos. Entendiendo así el tribunal que las conductas de acoso no pueden ser objeto de amplias interpretaciones por las graves trascendencias que se pueden derivar, se afirma que las conductas de acoso deben ser sistemáticas, repetitivas y reiteradas. Se llega a concretar por especialistas como Leymann la periodicidad en una vez por semana al menos durante 6 meses, para diferenciarse así de otros ataques puntuales y de duración limitada que tienen otras vías para ser sancionados (STSJ Cataluña 10/06/2005). Resulta fundamental diferenciar el verdadero acoso moral de otro tipo de conflictos y enfrentamientos que pueden surgir en la empresa por la defensa de intereses contrapuestos en la relación laboral, pese a que éstos también puedan ser repudiables (STSJ Madrid 24/07/2017), o del ejercicio abusivo de los poderes de dirección y organización de la empresa (STSJ Asturias 28/05/2004) fruto de la relación jerárquica empresario-trabajador (STSJ Comunidad Valenciana 16/12/2003).

El Tribunal, en el caso concreto enjuiciado, entiende que los hechos sucedidos son simples conflictos laborales derivados de tensiones que se diferencian de actitudes y comportamientos graves que supongan un ataque frontal a la integridad del trabajador. Las conductas enjuiciadas no cumplen el requisito de periodicidad porque no se producen una vez por semana ni superan los seis meses. Por el contrario, se entiende que dichas conductas son ocasionales, espaciadas en el tiempo en un lapsus prolongado. A su vez, también se niega la gravedad o entidad de las conductas por parte del Tribunal en la medida en que, si bien la apreciación de los hechos es subjetiva, desde un plano objetivo los roces o conflictos no tienen la gravedad suficiente al no haber tratado de aislar a la trabajadora, que no ha sufrido ataques sistemáticos, no ha visto degradadas sus funciones y no se ha encontrado en un entorno humillante o degradante. Por el contrario, entiende el Tribunal que las relaciones con el resto de sus

compañeros han sido normales y que no ha existido un intento de ridiculizarla públicamente. Por ello, se niega la vulneración de los derechos fundamentales y el trato discriminatorio.

A partir de la lectura de esta sentencia se puede extraer, en consecuencia, que la relación conflictiva debe deslindarse del acoso laboral en base a apreciaciones objetivas por parte del juzgador. Estas apreciaciones deben tener en cuenta la entidad o gravedad de las conductas y la repercusión en la posible víctima (que, en todo caso, ésta tendrá su propia apreciación subjetiva), así como la sistematicidad en el desarrollo de las mismas. No obstante, el Tribunal no se olvida de la importancia de la que goza el buen ambiente laboral que debe presidir la relación laboral y, a modo de "recado", recomienda evitar los incidentes que, aunque se califican simplemente como conflictos laborales, distorsionan el ambiente de respeto y profesionalidad que sería deseable.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de marzo de 2019

Una empresa dedicada a la construcción de elementos metálicos de calderería y bienes de equipo para industria cementera y petroquímica incorporó en febrero de 2016 una directora del departamento de clientes. Esta trabajadora comienza a sufrir una serie de dolencias que determinan su baja por incapacidad temporal a partir del 7 de agosto de 2017. Sin embargo, lo que parecía una cervicalgia con un periodo de duración corto (10 días), se fue prolongando a través de sucesivos partes de confirmación que, el 21 de septiembre de 2017, determinaron la existencia de patologías más graves y que requerían, consecuentemente, periodos de duración más largos. Pese a ello, la trabajadora tenía previstos con anterioridad ya 3 viajes tras la finalización de la baja por incapacidad temporal. Días después de la remisión de este último parte a la empresa, el 5 de octubre de 2017 esta última le remite a la trabajadora carta de extinción de su contrato de trabajo al amparo del artículo 52 ET, alegando para ello: 1) causas económicas, tras observarse datos negativos en los ejercicios de 2015 a

2017 como consecuencia de la reducción de la facturación y la minoración de la actividad de la Compañía; 2) causas organizativas, habiendo sido asumidas las tareas de la directora comercial por el propio director general, sin producirse supuestamente una mayor carga de trabajo; y 3) causas productivas, ante también la supuesta reducción de las ventas y del nivel comercial que ya había obligado a la empresa a adoptar medidas suspensivas en ejercicios anteriores para adecuarse a la situación real.

Tras la impugnación del despido por parte de la trabajadora en primera instancia, el Juzgado de lo Social absolvió a la empresa y confirmó su decisión extintiva, sentencia que fue recurrida por la trabajadora solicitando la declaración de nulidad del despido o su improcedencia no sólo por no concurrir las causas alegadas en la empresa y tratarse de una decisión fraudulenta fundamentada únicamente en la enfermedad que dicha trabajadora sufría.

El tribunal, de una forma lógica, comienza el examen del despido emitiendo un juicio de legalidad en torno a la existencia de las causas alegadas y su adecuación con la modificación. En primer lugar, las causas económicas no resultan acreditadas ya que, si bien es cierto que la empresa se encontraba en una situación de pérdidas, este nivel se había reducido a prácticamente la mitad desde el 2015 por producirse, a su vez, un incremento de facturación de la empresa de más del doble entre 2016 y 2017, fecha en la que es contratada la trabajadora. Los hechos, consecuentemente, dan a entender que la trabajadora contribuía favorablemente al cumplimiento de los objetivos y la reducción de las pérdidas a través de la captación de nuevos clientes y proyectos.

En segundo lugar, las causas organizativas alegadas tampoco tienen razón de ser porque, si bien no existe cambio en los sistemas o métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, la asunción del trabajo de la directora comercial por el director general no había sido total tal y como sugería la empresa. Según el organigrama de la empresa, tras la baja de la trabajadora se incorporaron a la dirección comercial dos trabajadores provenientes de puestos diferentes, entre ellos una becaria

a la que se asciende, y además se contrataron a otros dos trabajadores como auxiliar de calidad y *service manager* respectivamente. El TSJ entiende que la empresa prescinde de la directora, con un sueldo elevado, para reforzar el departamento con más personal, propio y de nueva contratación, con salarios inferiores en términos generales. Por último, en cuanto a las causas productivas, los propios hechos anteriores las niegan, al no haber estado afectada la trabajadora por los ERTES anteriores y por no observarse caída en la actividad comercial (al contrario, la realización de ocho nuevos proyectos exige la contratación de nuevo personal).

Una vez enjuiciadas las causas del despido, el tribunal entra a valorar si la verdadera motivación que se escondía tras la medida extintiva era la situación de baja médica y de previsible larga duración de la trabajadora para así evitar la continuidad de una trabajadora costosa y sus posibles recaídas o limitaciones. La sentencia *Chacón Navas* (STJUE 11/07/2006) estableció, como primera idea en este sentido, que, si bien no se puede equiparar pura y simplemente el concepto de discapacidad y enfermedad, la enfermedad como tal puede comportar una discapacidad a largo plazo susceptible de protegerse por la Directiva 2000/78. Es decir, de la enfermedad se puede derivar una limitación por dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (STJUE 13/04/2013). Esta situación evidentemente debe diferenciarse de la simple baja por enfermedad, y en este sentido el TSJ examina los hechos probados para terminar por no identificar la enfermedad sufrida por la trabajadora con la discapacidad. Entiende que la situación en la que se encontraba la trabajadora al ser despedida, de incapacidad temporal, no había agotado todavía el periodo máximo en el momento de producirse la extinción ni se había previsto a través de resolución una duración suficientemente prolongada.

Si bien se descarta la nulidad del despido por no equipararse la enfermedad a la discapacidad y no producirse una situación discriminatoria, el Tribunal sí reflexiona acerca

de la distribución de la carga de la prueba para la efectividad de los derechos fundamentales y la existencia de indicios de discriminación por razón de la enfermedad en sí misma. Como indicio razonable aportado por la trabajadora destaca que la empresa había sido conocedora en todo momento de la causa de la incapacidad temporal y de su sucesiva duración. A ello se debe añadir la previsión del artículo 39 del Convenio Colectivo aplicable, que establecía el derecho de los trabajadores a percibir un complemento de la prestación de IT hasta el 100% de la retribución del convenio desde el día 31 a partir de la baja, completándose las pagas extras al 100% del salario base, plus de compensación, plus de afectación, plus de asistencia y prima de producción.

Esta baja supondría un coste considerable a la empresa, que debía hacer frente al pago de las cuotas de Seguridad Social y completar la prestación sin poder contar con sus servicios. Ante la apreciación de este indicio, la empresa no había acreditado que la extinción de la trabajadora careciese de móvil discriminatorio, es decir, que la medida fuese razonable y proporcional, extraña a todo propósito contrario a los derechos fundamentales (SSTC 38/1981, 48/2002 o 29/2002). La empresa no probó la concurrencia de las causas alegadas en la carta de despido, que podrían negar el indicio discriminatorio por razón de enfermedad, de tal modo que el Tribunal declara así la nulidad del despido de la trabajadora.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de mayo de 2019

La demandante solicitó en el año 2015 una reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 12 años (art. 37.6 ET), pasando del turno fijo de noche a un turno de 12 a 16 horas. En marzo de 2018 esta misma trabajadora interesa que su horario se fije de 10 a 14 horas de lunes a viernes, en aplicación de los artículos 34 y 37 ET, teniendo en cuenta que su hija estaba escolarizada en un colegio con un horario de 9 a 14 horas y que su marido tenía un horario de lunes a viernes de 8.30 a 13.30 y de 15 a 18 horas. Siendo negada

esta concreción horaria por la empresa, también lo es por la sentencia de instancia.

Esta primera sentencia reconoce que el haberse sometido a un turno determinado en el 2015 no impide que solicite ahora otro cambio de turno, pero la pretensión se deniega en la medida en que la trabajadora no ha probado la necesidad imperiosa de adecuar las condiciones familiares y laborales y la imposibilidad de acudir a otros mecanismos. En concreto, considera el Juzgado de lo Social que no se acredita el horario actual de la hija, que ya había pasado de último curso de educación infantil a educación primaria, y tampoco se prueba la posible ayuda de abuelos, terceras personas, posibilidades de comedor o actividades extraescolares, o directamente que el horario actual de la trabajadora en relación con el de su marido sea *"especialmente desventajoso para conseguir no sólo estar con la niña, sino la pareja y la familia completa junta, disfrutando de tiempo en común"*.

La trabajadora, dentro de su recurso de suplicación, alega que no es necesaria la acreditación reclamada por la instancia, al tratarse de un derecho personalísimo cuya titularidad le corresponde. Se alega, además, la necesaria revisión de la medida desde la perspectiva constitucional y la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al ser la mayoría trabajadoras las que solicitan la reducción de jornada por cuidado de hijos.

El Tribunal, para resolver el caso concreto, parte de tres grandes pasos. En primer lugar, procede al examen de la normativa aplicable, es decir, el artículo 34.8 y el artículo 37 apartados 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores. Reconociéndose en ellos la reducción de la jornada y el nuevo derecho de adaptación de la jornada (Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo), estos preceptos no sólo deben examinarse a juicio del tribunal desde una perspectiva de legalidad ordinaria, sino también desde una perspectiva de legalidad constitucional. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 marcó un antes y un después en este proceder, porque fue precisamente la primera sentencia que, al abordar el examen de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral,

estableció su necesaria revisión desde el mandato constitucional de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). Esto se hace especialmente necesario cuando la negativa judicial de la medida impide que la institución despliegue los efectos para los que fue creada y cree una discriminación indirecta por razón de sexo como “*obstáculo injustificado en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar*”.

La necesaria atención al caso concreto determina que el TSJ Galicia divida dos grandes escenarios. En primer lugar, en sede de reducción de jornada con concreción horaria dentro de la jornada diaria, sin implicar un cambio de turnos o días, el derecho personalísimo le corresponde al trabajador, que fijará su concreción horaria. Sin embargo, si la reducción sí implica la modificación del sistema de turnos o el número de días de prestación, no le correspondería automáticamente a la trabajadora la concreción, sino que deberían ponderarse las circunstancias concurrentes de cara a que esta negación no suponga una discriminación indirecta por razón de sexo. El TSJ Galicia aprovecha, al hilo de la fundamentación jurídica de esta sentencia, para recordar que éste ya había marcado una línea interpretativa concreta respecto de este último escenario, incluso a través de sentencias recientes como la sentencia del 20 de noviembre de 2017. En ella se determinó que, si bien al empresario le incumbe probar razones organizativas que impidan el disfrute en los términos propuestos por la trabajadora, sólo cuando estas razones sean probadas es cuando la trabajadora deba probar las razones que legitiman su interés en la medida conciliadora.

Aplicando estas consideraciones al caso concreto, el tribunal mantiene una postura radicalmente opuesta a la seguida por la sentencia de instancia reprochando, en primer lugar, que la trabajadora deba probar la ausencia del centro escolar de actividades extraescolares. Este reproche se funda no sólo porque no se trata de horario lectivo, sino porque estas actividades imponen un coste económico a la economía familiar, “*excediendo así de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional*”. Además, si bien no existe

ningún dato que permita determinar que a la empresa le suponga una imposibilidad la concreción solicitada, la trabajadora tampoco tiene que probar que el padre no puede adaptar su jornada o que no dispone de abuelos o terceros que la ayuden. Se recuerda así que el derecho es personalísimo de la trabajadora y "*nada tiene que acreditar en relación a si su marido tiene más fácil conciliar o no (...) ni en relación a si los abuelos están disponibles o no*".

El Tribunal se adentra en determinar que, si bien los abuelos gozan de una importancia crucial en la sociedad actual, es a los padres a quienes les corresponde la patria potestad y, para poder velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154 CC) resulta indispensable que éstos puedan conciliar su vida laboral con la personal y familiar, como así permite el artículo 37.6 ET, excediendo de nuevo de lo ponderable por el órgano jurisdiccional el disfrute de la familia del tiempo en conjunto.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de junio de 2019

La acertada argumentación de la sentencia anterior es la que, en cierta medida, también guía a la emitida el 12 de junio de 2019. Así, la solicitud de una trabajadora, con un horario de turnos rotativos (mañanas de 8 a 15.15 horas y un doblaje a la semana de 8 a 19 horas y tardes de 14.45 a 22 horas y un doblaje a la semana de 11 a 22 horas) de una reducción de jornada por guarda legal de sus dos hijas menores de 12 años (atribuida tras el divorcio), con concreción horaria de 8 a 15 horas, se resuelve en los mismos términos indicados anteriormente. La dimensión constitucional de la medida es la que determina que la denegación del horario por parte de la empresa impediría que la trabajadora concilie su actividad profesional con el cuidado de sus hijas, siendo un derecho de la trabajadora la concreción horaria sin que, además, la empresa hubiese acreditado las dificultades organizativas que pudiera ocasionar el horario en concreto.

En definitiva, las reformas legislativas tendentes al aseguramiento de los derechos de conciliación de la vida

personal, familiar y laboral continuarán creando un importante cuerpo de jurisprudencia en el que estas sentencias marcan una línea de protección muy importante a favor de las trabajadoras. Se reconoce así la destacable labor del cuidado y dedicación a la familia y su compatibilidad con un desarrollo profesional sin grandes obstáculos a salvar.

6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VENCIMIENTO DE LA CONTRATA

Dentro de los procesos de descentralización productiva se puede observar, cada vez con mayor frecuencia, el recurso de las empresas a contratas y subcontratas para la realización de una concreta fase del proceso productivo. Así, se ha llegado al punto de que las empresas contratistas únicamente realicen su actividad habitual a través de dicha figura, destacando por ejemplo las empresas multiservicios. Esta vinculación tan fuerte que se puede crear despliega sus consecuencias de cara a los trabajadores de la empresa contratista cuando la reducción del volumen de una contrata o el vencimiento de la misma acarrea dificultades que impidan su buen funcionamiento y no exista una relación con la actividad real desarrollada. Por ello, al hilo de este apartado, se observará cómo el vencimiento de una contrata puede justificar la extinción del contrato del trabajador por causas organizativas y productivas, siempre que dicha decisión extintiva cuente con el mínimo de razonabilidad exigible a la luz de los hechos declarados.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de marzo de 2019

La Comunidad de Propietarios Boavista rescindió el contrato de limpieza concertado con la empresa Lhyp el 4 de julio de 2018. Por esta razón, esta última empresa procede a entregarle al trabajador que prestaba sus servicios en dicha comunidad carta de despido por causas organizativas y productivas (art. 52 c) ET). En concreto, se trataba de un trabajador indefinido de la empresa que, a pesar de haber ingresado en la empresa en el 2001, venía prestando los servicios al hilo de esa contrata en concreto desde el año

2016. Así, interpuesta demanda por el trabajador en primera instancia para declarar la improcedencia del despido, esta fue desestimada. El recurso de suplicación de la parte actora obliga al TSJ a examinar la concurrencia y adecuación de una causa organizativa y productiva justificadora del despido objetivo como es el vencimiento de la contrata en una empresa cuya actividad habitual consiste precisamente en la prestación de servicios bajo subcontrata. En este sentido, cobra especial importancia que, al tiempo del despido, la empresa se encontraba inmersa en un proceso de contratación de trabajadores de la misma categoría que el trabajador despedido.

El control jurisdiccional del despido objetivo no sólo debe limitarse a comprobar si concurren las causas que lo justifican, sino que también debe examinarse si dichas causas son razonables respecto de la medida acordada (STS 27/01/2014), es decir, si la medida es plausible en términos de gestión empresarial (STS 26/03/2014). En términos generales podría afirmarse, y así lo ha venido haciendo la jurisprudencia, que la finalización de la contrata conlleva reducción de actividad de servicios y, en determinadas ocasiones, un excedente del personal resultante (STS 08/07/2011).

La amortización de las plazas resultantes puede justificar una causa objetiva de despido con independencia de otros puestos vacantes en la empresa (STS 07/06/2007). Sin embargo, como bien se apuntaba anteriormente, en las empresas como la del caso concreto cuya actividad principal se fundamental en las contratas, esta situación de exceso de personal se produce habitualmente sin que implique obligatoriamente dificultades para el buen funcionamiento de la empresa cuando precisamente la finalización de las contratas se produce por cumplimiento de su plazo de duración máximo. Escenario diferente es el que se produce en el supuesto de autos, en el que las contratas se rescinden sin agotar dicho plazo por determinados motivos, determinando la amortización de los puestos ocupados por causas ajena a la empresa contratista (STS 21/07/2003).

En base a esta línea jurisprudencial, el TSJ entiende que, *a priori*, concurre la causa objetiva derivada de la rescisión de

la contrata pero, sin embargo, la razonabilidad de la misma quiebra. El motivo se encuentra precisamente en la existencia de vacantes y procesos selectivos para puestos respecto de los cuales el trabajador despedido cumplía los requisitos mínimos que había adquirido en las tareas desarrolladas en la contrata y que la empresa había negado. Por ello, se declara la improcedencia de la decisión extintiva, al no justificar la medida las circunstancias concurrentes.