

DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Persoal Investigador en Formación (FPU)
Universidade de Santiago de Compostela (España)
lidia.gil.otero@usc.es

Palabras chave: subrogación, transmisión de empresa, tempo de traballo, conciliación, redución de xornada, liberdade de expresión, dereito á honra, vacacións.

Palabras clave: subrogación, transmisión de empresa, tiempo de trabajo, conciliación, reducción de jornada, libertad de expresión, derecho al honor, vacaciones.

Keywords: subrogation, transfer of businesses, working time, conciliation, reduction of working hours, freedom of expresión, right to honour, holiday.

Aos poucos, vaise desprazando o impacto da COVID-19 e volven estar presentes nos tribunais as figuras máis frecuentes das relacións laborais. Esta recompilación xurisprudencial dá mostra diso. Nela recóllense cinco sentencias de TSX de Galicia, ditadas no segundo semestre de 2021, sobre o dereito individual do traballo. Máis aló desa categoría, esas sentenzas non teñen un fío común, dende o punto de vista do obxecto tratado. O anterior non nega, en todo caso, o seu interese doutrinal e xurisprudencial. Son pronunciamentos que examinan institucións tradicionais do dereito do traballo a través de casos ou formulacións novas, ofrecendo, por iso, enfoques orixinais.

1. **SUCESIÓN DE CONTRATAS E SUBROGACIÓN: SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 24 DE NOVEMBRO DE 2021 (REC. 4403/2021)**

Grazas aos pronunciamentos do Tribunal de Xustiza, os tribunais españois elaboraron unha extensa doutrina sobre a sucesión de contratas e a transmisión de empresas. A partir de *Somoza Hermo*¹, numerosas sentenzas delimitaron a subrogación legal e a subrogación convencional, cun protagonismo case exclusivo das actividades desmaterializadas. A esas sentenzas únese, agora, o pronunciamento do TSX de Galicia do 24 de novembro de 2021. Nel abórdase o obrigatorio respecto das condicións laborais preexistentes dos traballadores da empresa saínte, á marxe do disposto no prego de condicións.

O caso axuizado polo TSX de Galicia xira ao redor dunha sucesión de contratas. O servizo licitado era, en concreto, a conservación, mantemento e reparación de fontes ornamentais, estanques e caídas de auga do Concello da Coruña. A empresa Angel Roade foi a adxudicataria do servizo ata o 8 de outubro de 2020. Entre os seus traballadores atopábase unha técnica media, que estaba contratada a xornada completa e gozaba dunha redución de xornada por coidado de menor. Unha vez finalizada a concesión, o concello adxudicou o servizo á entidade SOCAMEX. O artigo 11 do convenio colectivo aplicable obriga a SOCAMEX a subrogarse no persoal da anterior entidade, de acordo con o disposto no prego de prescricións técnicas. No anexo de persoal a subrogar dese prego contemplábase un técnico medio, cuxa dedicación anterior debía ser do 50% da xornada, e que, conforme ao novo contrato de adxudicación, quedaba reducida ao 20%. En virtude desa disposición, a entidade SOCAMEX comunicou a súa subrogación á técnica media de Anxo Roade, limitándose, en todo caso, a esa xornada reducida do 20%.

Nese escenario, a traballadora presentou demanda de modificación substancial de condicións de traballo contra ambas as empresas, solicitando que a repuxesen nas anteriores condicións (xornada completa) e que lle pagasen as diferenzas salariais por tal modificación. A súa demanda foi desestimada en primeira instancia, advertindo a sentenza

¹ STJ 11 de xullo de 2018, *Somoza Hermo*, asunto C-60/17 (ECLI:EU:C:2018:559).

que non cabía recurso de suplicación, ao amparo dos arts. 138.6 e 191.2 e) da LRXS. Segundo eses preceptos, ante unha impugnación individual dunha modificación substancial de condicións de traballo, só cabe recurso cando: 1) a impugnación individual se producise dentro dun proceso de modificación substancial de carácter colectivo; 2) a impugnación individual sexa ante un cambio de posto ou mobilidade funcional e poida acumularse a ela outra acción susceptible de recurso de suplicación (cantidades derivadas de tal modificación); 3) a impugnación individual se acumule a unha pretensión de tutela dun dereito fundamental ou liberdade pública. O xulgado de primeira instancia considerou que a situación da traballadora non podía incluírse en ningunha desas opcións. Non obstante, a traballadora recorreu ante o TSX, en virtude dos artigos 191.2 g) e 192.3 da LRJS.

O TSX examinou, en primeiro lugar, se era posible ou non o acceso ao recurso de suplicación. O tribunal considerou que a sentenza de instancia non tería recurso segundo unha lectura literal dos arts. 138.6 e 191.2 e) da LRXS. Con todo, seguindo a xurisprudencia do TS, eses preceptos debían lerse de forma integradora e "pro recurso". O tribunal afirmou que a modificación substancial de condicións de traballo individual podía acceder ao recurso cando á acción de impugnación se lle acumulase outra acción indemnizadora, en contía superior a 3.000 euros. No caso concreto, a traballadora percibía un salario de 1.436,80 euros que descendeu a 212,67 euros, como consecuencia da subrogación. Segundo o TSX, a suma das diferenzas salariais no caso concreto superaba os 3.000 euros, tal e como reclamara a traballadora. Por iso, admitiu o acceso ao recurso.

Disposto o anterior, o TSX valorou, en segundo lugar, se a subrogación se cinguía aos termos do convenio colectivo ou se, pola contra, entraba en xogo a subrogación legal (art. 44 do ET), por aplicación da doutrina *Somoza Hermo*. O tribunal dispuxo que a actividade transmitida descansaba fundamentalmente na man de obra. Chegou a esa conclusión tras ponderar os elementos do prego. Nel recollíase que o adxudicatario debía achegar medios materiais, técnicos e humanos, aínda que o custo da man de obra era

notablemente superior ao custo da maquinaria. Tendo en conta que se trataba dunha actividade desmaterializada e que, ademais, a empresa entrante subrogara todos os traballadores da anterior adxudicataria, a xuízo do tribunal activábase *ex lege* o art. 44 do ET, independentemente de que a subrogación se realizase por imposición do convenio colectivo.

Sendo de aplicación a subrogación legal, o TSX entendeu que a nova adxudicataria debía subrogar á técnica media nas mesmas condicións nas que prestaba servizos para a empresa Anxo Roade, é dicir, a xornada completa. Tras a subrogación, SOCAMEX podería reducir a xornada da traballadora a través dunha modificación substancial de condicións de traballo. Non obstante, ao subrogarse só respecto do 20% da xornada, a empresa realizara unha modificación substancial de condicións de traballo *de facto* que, como tal, debía ser declarada inxustificada.

O TSX declarou que debían repoñerse o salario e a xornada que gozaba anteriormente a traballadora. Con todo, rexeitou a pretensión relativa á antigüidade, baseándose na sentenza do TX do 26 de marzo de 2020, *ISS Facility Services*, asunto C-344/18. Recoñecerlle ese dereito implicaría, segundo o tribunal, “invocar a sucesión para obter unha mellora das condicións de retribución ou das condicións de traballo, con ocasión da transmisión dunha empresa”.

2. PAUSA PARA O BOCADILLO: TEMPO DE TRABALLO OU DE DESCANSO? SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 22 DE OUTUBRO DE 2021 (REC. 3584/2021)

O artigo 34.4 do ET recoñece aos traballadores un período de descanso de quince minutos se a súa xornada diaria continuada excede das seis horas. A pesar de que é un precepto claro, nos últimos anos creceu o número de sentenzas sobre a súa interpretación e sobre a posibilidade de computar ese tempo de descanso como tempo de traballo efectivo. A sentenza do TSX de Galicia do 22 de outubro de 2021 profunda nesa liña. Nela, xulgouse se uns traballadores gozaban dunha condición máis beneficiosa polo feito de que

a empresa, dende hai anos, non lles descontase do seu salario nin lles fixese recuperar o tempo de descanso.

Os traballadores da empresa Formas Inoxman prestaban servizos en quendas continuadas de mañá, tarde e noite. Ao longo da súa xornada, dispoñían dunha pausa "para o bocadillo" de vinte minutos e dunha pausa "para o café" de cinco minutos. Esas pausas figuraban nos rexistros horarios dixitais, implantados pola empresa en 2017.

O cómputo global das horas de prestación de servizos efectivos non alcanzaba as oito horas, pero a empresa nunca esixira aos traballadores as diferenzas horarias. En todo caso, esa tolerancia empresarial chocaba co previsto nos contratos de traballo subscritos entre 2012 e 2020. Neles figuraba a seguinte cláusula adicional: "a xornada pactada enténdese de traballo efectivo, de maneira que todos os descansos e pausas que interrompen a actividade produtiva diaria non terán a consideración de tempo de traballo".

A Confederación Intersindical Galega presentou demanda en materia de conflito colectivo. O sindicato entendía que, á marxe dos contratos de traballo, a tolerancia empresarial atribuíra aos traballadores unha condición máis beneficiosa e que, por iso, o tempo de descanso debía ser computado como tempo de traballo efectivo. Desestimada a demanda en primeira instancia, o sindicato interpuxo recurso de duplicación ante o TSX de Galicia.

Para resolver o caso, o tribunal trouxo a colación as sentenzas máis recentes sobre a materia² e examinou os dous preceptos clave: os arts. 3.1 c) e 34.4 do ET. Con todo, considerou que a solución se atopaba nos propios feitos probados. Segundo o tribunal, os contratos de traballo son os que deben configurar a natureza dos tempos de descanso. No caso concreto, as cláusulas dos contratos non perdían eficacia polo feito de que a empresa non esixise a extensión da xornada nin o desconto salarial, para compensar eses tempos de descanso. Non esixir ningún tipo de compensación non convertía o tempo de descanso en tempo de traballo, xa que a empresa, dende o ano 2012, deixara clara a súa intención.

² Cfr. SAN 16 de setembro de 2021 (rec. 39/2021).

En consecuencia, os traballadores da empresa non gozaban de ningunha condición máis beneficiosa. Os seus descansos non computaban como tempo de traballo efectivo, independentemente de que a empresa non esixise nada "a cambio".

3. LÍMITES DA LIBERDADE DE EXPRESIÓN: DEREITO Á HONRA DOS TRABALLADORES. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 15 DE NOVEMBRO DE 2021 (REC. 4339/2021)

Os traballadores teñen dereito á consideración debida da súa dignidade, segundo o art. 4.2 e) do ET. O dereito á honra é un dereito fundamental inespecífico e pode vulnerarse no seo dunha relación laboral, pola emisión de pensamentos, ideas ou opinións. Non obstante, nunha situación de tensión laboral, debe valorarse se esa intromisión na honra do traballador é ilexítima ou, pola contra, está protexida pola liberdade de expresión.

A sentenza do TSX de Galicia do 15 de novembro de 2021 abordou esa cuestión no marco dun despedimento disciplinario. O traballador, condutor de autobuses escolares, adoptara unha conduta moi reprochable respecto das menores que transportaba. A pesar de non estar permitido pola empresa, tiña o teléfono particular dalgunhas delas e chamábaas e mensaxeaba a miúdo, por cuestións totalmente alleas ao servizo de transporte. Tras unha serie de investigacións, a xefa de persoal da empresa de condución e dous representantes dos traballadores reuníronse co traballador. Foi unha reunión especialmente tensa, debido á falta de cooperación do traballador e os feitos que se lle imputaban. Nun momento da conversación, a xefa de persoal díxolle ao traballador: "para min, coa primeira fixeches de libro, es un depredador sexual... Ti, merda para ti, con perdón. Vale, isto, pídoche desculpas se estou a ser groseira. Pido desculpas a todos, pero eu teño unha nena de 13 anos". Finalmente, o traballador acabou recoñecendo os feitos e foi despedido disciplinariamente, por transgresión da boa fe e abuso de confianza.

O traballador presentou demanda contra a empresa, reclamando que o seu despedimento fose declarado nulo ou

improcedente e que se lle pagase unha indemnización por danos e prexuízos, xa que, ao seu xuízo, a xefa de persoal vulnerara o seu dereito á honra. Esa demanda foi estimada parcialmente en primeira instancia. O xulgado declarou o despedimento improcedente, por incumprimento de requisitos formais, pero absolveu a empresa e a xefa de persoal de todas as pretensións deducidas na súa contra. Contra esa sentenza interpuxeron recurso de aplicación a empresa e o traballador.

No recurso da empresa denunciouse a aplicación indebida do convenio colectivo, estimando que o despedimento do traballador debía ser declarado procedente. O art. 8 do anexo II do convenio colectivo aplicable dispoñía que en todas as notificacións de sanción debía figurar o seguinte pé explicativo: "Esta sanción poderá ser recorrida ante a xurisdición social no prazo de 20 días hábiles, nos termos do apartado a)". Na carta de despedimento do traballador non figuraba esa nota. A pesar diso, o TSX considerou que o dito precepto non era aplicable ao caso concreto e que o despedimento debía ser declarado procedente. Tratábase dunha disposición que estaba prevista para as simples ou meras sancións, non para as sancións con despedimento. O tribunal sinalou, ademais, que o artigo era confuso e que ese pé explicativo podería levar a erro ao traballador.

No recurso do traballador reiterouse a denuncia do seu dereito á honra, reclamando unha indemnización de seis mil euros. Para resolver a pretensión do traballador, o TSX realizou unha análise moi exhaustiva das intromisións da honra e a dignidade no ámbito laboral (arts. 10.1 e 18 da CE) e os límites da liberdade de expresión (art. 20 da CE). A xurisprudencia do TS vén negando que exista vulneración do dereito á honra do traballador cando a empresa impútalle comportamentos ilícitos, sempre que os feitos non se difundan máis aló da relación privada. O traballador debe ser protexido fronte a atentados na súa reputación persoal, pero é necesario valorar a intencionalidade, o propio comportamento do traballador e o contexto ou circunstancias. O tribunal considerou que a xefa de persoal tivo un comportamento inadecuado, pero tal comportamento non supoñía unha intromisión ilexítima no dereito á honra do

traballador. Para chegar a esa conclusión, prestou atención á gravidade dos feitos imputados ao actor, ao estado de ira polo dano que podería reportar á empresa e ás desculpas inmediatas da xefa. Nese contexto, a liberdade de expresión da xefa de persoal prevaleceu sobre o dereito á honra do traballador, desestimándose as pretensións indemnizadoras dese último.

4. A EFECTIVIDADE DA CONCILIACIÓN: SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 20 DE DECEMBRO DE 2021 (REC. 4640/2021)

O TSX de Galicia construíu unha doutrina xudicial sólida sobre o dereito á conciliación da vida persoal, laboral e familiar e, en concreto, sobre os dereitos de redución e adaptación da xornada (arts. 34.8 e 37.6 do ET). Na sentenza do 20 de decembro de 2021 examináronse esas institucións, pero non para recoñecer ou denegar o dereito a un traballador que así o solicitaba. Examinouse como o empresario debía contribuír a que a dita conciliación se fixese efectiva, unha vez que o traballador xa estaba a gozar desa redución ou adaptación de xornada.

A traballadora do caso prestaba servizos como avogada para un sindicato e gozaba dunha xornada reducida por coidado de menores. Nos últimos meses, a traballadora notificara ao sindicato a situación de sobrecarga de traballo no seu departamento, debido ás ausencias doutros compañeiros. Tamén comunicou que estaba a realizar excesos de xornada e que se lle estaban encomendando traballos que coincidían co seu horario de conciliación. En termos numéricos, alegaba ter unha carga de traballo similar á dos seus compañeiros, que non gozaban de xornada reducida. Por iso, a traballadora presentou demanda alegando unha vulneración do dereito a unha redución de xornada real e efectiva e do dereito á igualdade de trato.

Tras ser desestimada a demanda en primeira instancia, a traballadora interpuxo recurso de suplicación ante o TSX. O tribunal construíu a resolución con base no dereito de igualdade e non discriminación. Ao seu xuízo, a traballadora achegara indicios claros de que existía unha vulneración do dereito fundamental á igualdade, pero o sindicato non

achegara unha xustificación obxectiva allea á discriminación. En primeira instancia, o xulgado considerara que a traballadora non podía compararse co resto dos seus compañeiros para alegar a vulneración do dereito á igualdade, xa que os asuntos dos que se encargaba ela eran máis complexos ou abundantes. Con todo, o TSX distanciou esa posición, non só porque entendeu que a situación era equiparable, senón tamén porque a traballadora alegara unha discriminación indirecta. A prohibición de discriminación non requiría necesariamente un termo de comparación, senón un factor protexido que se eludiu obxectivamente, provocando un prexuízo á traballadora.

O TSX non apreciou un dano intencional por parte do sindicato, xa que a carga de traballo era excesiva para todos os traballadores. Non obstante, si reprochou ao sindicato que non fixese nada para reducir esa carga de traballo, tras as comunicacións da traballadora. Afirmou que a redución de xornada recoñecida á traballadora non se podía facer efectiva se non ía acompañada dunha redución proporcional dos asuntos, en relación cos seus compañeiros. Segundo o tribunal, só se respecta o dereito á redución de xornada e á concreción horaria "se a traballadora está en condicións de conciliar no momento no que polas súas circunstancias familiares pode facelo, e non cando o traballo llo permita".

Acreditado o prexuízo sufrido pola traballadora, o TSX concluíu que o sindicato vulnerara o seu dereito fundamental á igualdade e non discriminación, porque non reducira a carga de traballo en similar proporción. Non obstante, non recoñeceu á traballadora unha indemnización por danos morais, xa que non argumentara a súa petición indemnizadora en sede de recurso e non se lle deu a posibilidade de impugnala á outra parte. Por iso, só se ordenou ao sindicato que cesase na conduta vulneradora.

5. VACACIÓNS NON GOZADAS: SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 17 DE NOVEMBRO DE 2021 (REC. 1807/2021)

Segundo o art. 38.1 do ET e o art. 7 da Directiva 2003/88, as vacacións dos traballadores deben gozarse no ano natural e non se poden substituír por unha compensación financeira,

salvo que o traballador non puidese gozalas. Ese principio xeral foi matizado polo Tribunal de Xustiza ao longo de diversas sentenzas. A sentenza do TSX de Galicia do 17 de novembro de 2021 recolleu esa xurisprudencia e profundou na perda automática do dereito do traballador a vacacións anuais retribuídas e nas obrigas de dilixencia do empresario. O caso concreto xirou ao redor da extinción do contrato de traballo dun mariñeiro. Tras declararse o seu despedimento como improcedente, o traballador demandou a empresa, solicitando que lle fosen pagadas as vacacións non gozadas do ano 2018 e as horas extra debidas. O xulgado de primeira instancia desestimou as pretensións do traballador, de tal modo que interpuxo recurso de suplicación ante o TSX.

No proceso non se probou por que o traballador non gozara das vacacións no ano 2018. Non constaba sequera que o traballador as solicitara e que o empresario non llo permitira. O TSX de Galicia considerou que esa falta de proba non debía imputarse ao traballador, senón ao empresario. Segundo a doutrina do TX, ao empresario correspóndelle velar de maneira concreta e transparente por que o traballador poida gozar das súas vacacións, incitándoo formalmente a facelo e informándoo de maneira precisa e oportuna. Os traballadores só poden perder o seu dereito a vacacións se, tras esa actuación do empresario, se absteñen deliberadamente de gozalas³.

Correspóndelle ao empresario demostrar que actuou con toda a dilixencia necesaria para que o traballador gozase das vacacións ás que tiña dereito, xa que toda práctica ou omisión do empresario que teña un efecto potencialmente disuasorio é incompatible coa finalidade do dereito a vacacións anuais retribuídas⁴. No caso concreto, dada a falta de proba por parte do empresario, o TSX considerou que non houbo perda do dereito a vacacións e recoñeceu ao

³ Cfr. STJ 16 de marzo de 2006, *Robinson-Steele e outros*, asuntos C-131/04 e C-257/04 (ECLI:EU:C:2006:177),

⁴ Cfr. Sentenzas do TX 29 de novembro de 2017, *King*, asunto C-214/16 (ECLI:EU:C:2017:914) e 6 de novembro de 2018, *Shimizu*, asunto C-684/16 (ECLI:EUX).

traballador o pago dunha compensación económica en concepto de vacacións anuais non gozadas.