

DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Grado en Derecho
Universidade de Santiago de Compostela
lidiagiloter@gmail.com

Palabras clave: despido, extinción, sucesión de empresas, reversión, temporalidad, cesión ilegal, derechos fundamentales, acoso discriminatorio, medidas de conciliación.

Palabras chave: Competencia xudicial internacional, Contrato individual de traballo, Dereito da Unión Europea, Xurisprudencia do Tribunal de Xustiza.

Keywords: dismissal, transfer of businesses, reversal, temporality, ilegal assignment, fundamental rights, discriminatory harassment, reconciliation measures.

1. DESPIDO Y EXTINCIÓN CONTRACTUAL

Tal y como viene siendo la tónica habitual, en este primer semestre de 2018 los procesos relativos a despido y extinción de la relación laboral han representado el mayor porcentaje del total de los tramitados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia llegando, en algunas ocasiones, a ser reexaminados por el Tribunal Supremo.

Comenzando por una categoría tan amplia como esta, son innumerables las cuestiones transversales que pueden surgir a partir de dicho hilo conductor. En consecuencia, dentro de esta temática se abordará un breve examen acerca de las mismas.

Lo primero que se examinará será la existencia o inexistencia de una posible relación laboral entre las partes para, a su amparo, proceder a apreciar la existencia o

inexistencia del despido y su posible calificación. En segundo lugar, dada la frecuencia con la que se ha planteado la cuestión, se examinará la extinción dentro de las sucesiones de empresas y reversiones de los servicios públicos.

En el seno de los procedimientos de despido y extinción se ha debatido acerca de la contratación temporal fraudulenta, de tal modo que dicha cuestión requiere una mención especial en tercer lugar. También, en este sentido, han sido destacables los giros que obligatoriamente ha tenido que dar el Tribunal Superior de Justicia en un tiempo relativamente breve en materia de indemnización por extinción de los contratos de interinidad a partir del cambio dado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pasando de *De Diego Porras* a *Montero Mateos*.

Dentro de las extinciones de contratos temporales en el seno de contrata y subcontratas, se han puesto de manifiesto importantes cuestiones como la cesión ilegal de trabajadores, lo cual requiere una mención obligatoria.

Por otra parte, los despidos nulos, al suponer de por sí una finalidad discriminatoria o una vulneración de derechos fundamentales, siempre traen a colación importantes reflexiones acerca de la protección de los derechos constitucionalmente protegidos. Por ello, en quinto lugar, se hará una mención específica al despido de trabajadores discapacitados, concretamente viendo cómo determinadas enfermedades pueden ser asimiladas a la discapacidad dentro de la tutela antidiscriminatoria.

Teniendo en cuenta todo lo que está en juego en un proceso de despido o extinción de la relación laboral, se hará una mención específica a la prueba en el proceso judicial de la causa de despido, concretamente analizando los límites entre los derechos fundamentales de los trabajadores tales como la intimidad o la propia imagen, y las facultades de control empresarial, trayendo a colación una sentencia del Tribunal Supremo que resuelve un recurso interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia en la que, de forma novedosa, se tiene la oportunidad de aplicar

la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Barbulescu*.

Por cuestiones de especial sensibilidad, este apartado se cerrará con una breve referencia a los supuestos de resolución de contrato en escenarios de acoso laboral y, especialmente, de acoso sexual, obligatoriamente discriminatorio de las trabajadoras y cómo éste puede extenderse por asociación.

1.1. Despido improcedente y existencia de relación laboral

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 de junio de 2018 (nº. rec. 908/2018)

La Sala de lo Social desestimó en esta sentencia el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra de 18 de enero de 2018, confirmando en consecuencia la existencia del vínculo laboral y la improcedencia del despido.

El debate central radicaba en la delimitación entre la relación asociativa y la relación contractual que puede mantenerse entre un sindicato y un cargo sindical. En el supuesto concreto el Sindicato Nacional Comisiones Obreras de Galicia, en marzo de 2017, comunicó al cargo sindical su cese en la Comisión Ejecutiva de la Unión Comarcal de Pontevedra entendiéndolo que, en virtud de los Estatutos del Sindicato, la naturaleza del vínculo que unía a ambos era asociativa y no laboral, estando las funciones del mismo circunscritas únicamente a la actividad sindical. El cargo sindical interpuso demanda de despido contra el Sindicato entendiéndolo que la relación existente entre las partes era de naturaleza laboral y el cese suponía un despido improcedente.

Esta demanda fue estimada en su integridad por la sentencia de instancia, sentencia contra la cual recurre el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia reclamando, como es evidente, la pretensión contraria y la declaración del vínculo asociativo.

El Tribunal, a la hora de examinar la concurrencia o no de los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en base a jurisprudencia tradicional, toma como máxima la atención a la realidad de las prestaciones desempeñadas y no al contenido formal del contrato (art. 8.1 ET). Lo fundamental radica en valorar las funciones desempeñadas por el cargo sindical y examinar si éstas son típicas de la representación sindical, si son propias de un trabajador común u ordinario en régimen de ajenidad y retribución o si, en todo caso, éstas se desarrollan de manera simultánea. Trayendo a colación otros pronunciamientos de la Sala, el Tribunal entiende que “los Tribunales distinguen claramente (...) entre los sindicalistas y los asalariados, y aunque no falten supuestos límite (...) es clara la diferenciación, siendo así que por “sindicalista” habrá de entenderse aquella persona elegida para desempeñar funciones de representación sindical y en el marco de una relación asociativa (medie o no compensación económica), en tanto que por trabajador habrá de considerarse a quien presta servicios en régimen de alienidad y retribución (...)”.

En virtud de los hechos probados y las pruebas aportadas al proceso, el Tribunal descarta la existencia de una relación asociativa en base a tres principales argumentos:

1) El demandante ostentó el cargo de Secretario de Organización de la Unión Comarcal y formó parte de la comisión ejecutiva, pero junto con estos cargos también desarrollaba funciones propias de trabajo administrativo y no de relación asociativa como asesoramiento a los afiliados, asistencia a expedientes y comités de empresa, elaboración de denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, etc.

2) El demandante fue dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, circunstancia indiciaria de la existencia de la relación laboral. Si bien el Sindicato afirmaba que, en base al artículo 136.2 p) de la actual Ley General de la Seguridad Social, dicho encuadramiento no suponía la condición de trabajador común por encuadrarse

también en el mismo régimen a los cargos representativos de las organizaciones sindicales que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial, dicha previsión no se contemplaba en la regulación vigente en el año 1989, año en el que se contrata al demandante.

3) Las funciones desempeñadas por el demandante no sólo eran las propias de un trabajo administrativo que, a su vez, eran idénticamente desempeñadas por otros trabajadores con un vínculo laboral con el Sindicato, sino que además las desempeñaba en un lugar concreto y se encontraba sometido a un horario determinado, circunstancias reveladoras de la dependencia y subordinación al poder de dirección y control del empresario.

En consecuencia, y no siendo suficientes para desvirtuar la presunción de laboralidad las alegaciones formuladas por el Sindicato, la Sala entiende acreditada la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad, calificando la relación como laboral y el despido como improcedente.

1.2. Extinción de contrato y reversión del servicio a la Administración Pública

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 de febrero de 2018 (nº. rec. 5195/2017) Habiéndose pronunciado el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo en su sentencia de 15 de diciembre de 2016 (nº. 602/2016) entendiéndose que la extinción de la relación de dos trabajadores con la empresa CLECE, S.A. - motivada, a su vez, por la extinción del contrato que dicha empresa había suscrito con el Ministerio de Defensa - debía calificarse como despido improcedente, la empresa interpone recurso de suplicación contra dicha resolución, recurso desestimado íntegramente por el Tribunal Superior de Justicia.

Habiendo sido contratados dos trabajadores por la empresa CLECE S.A. como calefactor y fontanero respectivamente a través de sendos contratos indefinidos, éstos prestaban sus servicios en la Base Militar General Morillo, situada en Vilaboá, encargándose del mantenimiento y conservación de

los centros de transformación, instalaciones térmicas de calefacción, aire acondicionado, fontanería, etc., al tener la empresa concierto con el Ministerio de Defensa. Sin embargo, el 10/12/2015 la empresa les entregó comunicación indicando que el 31/12/2015 finalizaría la relación laboral debido a la finalización del contrato suscrito por la empresa y el Ministerio, si bien se les indicaba que los trabajadores serían subrogados por la nueva empresa que resultase adjudicataria del servicio. Sin embargo, una vez que los trabajadores, pasado el período festivo, acudieron a su centro de trabajo habitual, les fue denegada la entrada a la Base por haberse finalizado el contrato con la empresa.

En consecuencia, los trabajadores demandaron a CLECE S.A. por despido improcedente, siendo ésta estimada parcialmente en instancia; sentencia de instancia recurrida por la empresa. Al haber suspendido el Ministerio de Defensa el proceso de contratación del Servicio de Mantenimiento y ser éste prestado por la Base con su propio personal militar y laboral, si bien puntualmente accedía a empresas externas para las actividades que no eran alcanzables con sus propios medios, CLECE S.A. entendía que el Ministerio de Defensa se subrogaba en su posición al haber asumido el servicio con personal propio y que, en consecuencia, en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el Ministerio de Defensa quedaba subrogado también en los derechos y obligaciones laborales respecto de los dos trabajadores de CLECE S.A.

El debate se centra, por lo tanto, en delimitar hasta qué punto se pueden incluir dentro del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores los supuestos de recuperación por parte de una Administración Pública del control de la contrata, es decir, la reversión del servicio. Teniendo en cuenta que el artículo 44 ET supone la transposición en el ordenamiento jurídico español de la actual Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001 (antigua Directiva 77/187 del Consejo, de 14 de febrero de 1977), el Tribunal no toma únicamente como referencia para fundamentar su fallo jurisprudencia de

tribunales nacionales, sino también propia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal considera que, para que se produzca el supuesto de hecho contemplado en el artículo 44 ET, deben concurrir dos requisitos o elementos: a) que exista tracto o transmisión de un titular a otro del negocio o centro de trabajo autónomo, tratándose de un elemento subjetivo; y b) que la transmisión consista “en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial”, pudiendo transmitirse “la empresa en su conjunto, alguno de sus centros de trabajo o, incluso, una de sus unidades productivas con capacidad para funcionar autónomamente”, tratándose así de un elemento objetivo. Sin embargo, la necesidad de emplear los criterios variará en función de las circunstancias del caso, sin que se puedan apreciar aisladamente, precisando una evaluación de conjunto (STJUE de 19 de octubre de 2017, *Resendes y otros*, asunto C-200/16) cuando se trata de una empresa de servicios como es la que estamos a tratar, donde la necesidad de este elemento objetivo en cuanto transmisión de elementos patrimoniales sufre algún tipo de modificación en la medida en que lo fundamental es que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, es decir, “que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio” dependiendo del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de una parte importante cualitativa o cuantitativamente de los trabajadores que ejercen de forma duradera la actividad en este tipo de sectores puede constituir una unidad económica (SSTJUE de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, asunto 24/85; de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C-21/00; de 2 de diciembre de 1999, *Allen y otros*, asunto C-234/98; de 26 de noviembre de 2015, *Aira Pascual y Algeposa Terminales Ferroviarios*, asunto C-509/14).

En este supuesto, no obstante, no sólo concurre la circunstancia especial de estar ante una empresa de servicios, sino también el hecho de tratarse de contrata administrativa. Si bien es sabido que el artículo 44 ET no resulta de aplicación en los supuestos de transmisión de contratas o concesiones salvo que, entre otras circunstancias, se haya producido un traspaso de activos patrimoniales, como podía ser una parte de la plantilla en base a los criterios anteriormente enunciados, a la vista de los hechos lo que se ha producido es la reasunción del servicio a la Administración Pública, al Ministerio de Defensa, tras la finalización de la contrata. La aplicación del artículo 44 ET podría defenderse en supuestos de reversión cuando la entidad pública acuerda seguir prestando directa y sin solución de continuidad el servicio con la misma infraestructura y plantilla de la empresa concesionaria, no cuando, como es el caso a tratar, el servicio se presta con el personal de la propia Base Militar o, puntualmente, mediante la contratación externa. No se ha transmitido en este supuesto ningún medio material ni recursos humanos precisos para la realización de la actividad, de tal modo que se descarta la aplicación del artículo 44 ET y la correspondiente continuidad de la relación laboral.

1.3. Extinción de los contratos de interinidad: causa, concatenación fraudulenta y, en especial, indemnización

El Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999) está constituyendo hoy en día una cuestión clave en el ordenamiento jurídico español en base a los vaivenes jurisprudenciales que el mismo ha provocado. Bien es sabido que dicho Acuerdo Marco delimita al trabajador temporal o con contrato de duración determinada como un trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en el que el final del contrato o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales

como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado (cláusula 3.1). El principal objetivo de dicho Acuerdo Marco es la lucha contra los abusos derivados de la contratación temporal bajo la óptica del principio de no discriminación, principio que determina la interdicción de un trato menos favorable en las condiciones de un trabajador temporal respecto a un trabajador fijo comparable (cláusula 3.2).

A nadie a estas alturas, por la repercusión que ha trascendido de dichas sentencias, le extrañará que nuestra normativa base en materia laboral no prevea una indemnización por finalización del contrato de interinidad [art. 49.1 c) ET] mientras que, para la extinción del contrato por causas objetivas sí se prevea la puesta a disposición del trabajador de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio [art. 53.1 b) ET]. Si la indemnización por extinción se considera una condición de trabajo y, en consecuencia, la normativa dispone un trato desigual entre trabajadores fijos y trabajadores temporales, para que dicho trato no sea discriminatorio debe contar con una causa justificativa basada en razones objetivas. Es precisamente qué se debe entender por razones objetivas y su aplicación en el caso concreto lo que ha dado lugar a los devenires jurisprudenciales, de tal modo que, si bien se habían negado dichas razones en *De Diego Porras*, se han afirmado en *Montero Mateos*, teniendo el TJUE que volver sobre sus palabras. Esto, en consecuencia, ha implicado de lleno a nuestros Tribunales nacionales los que, en un periodo de apenas 3 meses como se ha producido en Galicia, han tenido que dar respuestas totalmente diferentes a aquello que habían declarado con anterioridad.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 6 de marzo de 2018 (nº. rec. 5190/2017)

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha estimado parcialmente el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Vigo de 18 de septiembre de 2017, confirmando la

inexistencia de fraude en la contratación temporal y reconociendo el derecho a la indemnización del recurrente. En esta sentencia se abordan fundamentalmente dos problemas: el fraude en la contratación temporal y la sucesión de la misma en el tiempo y el derecho a indemnización por finalización del contrato por interinidad. El demandante había prestado servicios para la Universidad de Vigo en virtud de diversos contratos. En primer lugar, fue contratado como profesor asociado a tiempo completo desde 1997 hasta 2005 tras diversas prórrogas. Desde 2005 hasta 2007 fue contratado, de nuevo, como profesor asociado a tiempo completo, contrato que también se sucedió tras diversas prórrogas desde 2007 a 2009. Desde el 2009 hasta el 2010 fue contratado como profesor interino, contrato que también se sucedió desde el 2010 hasta el 2011. Finalmente, en el año 2011, fue contratado bajo una modalidad laboral de ayudante doctor, contrato que tenía prevista su finalización en el 2012 pero que fue prorrogado con una periodicidad anual hasta 2016. Así, el 21 de diciembre de 2016 el trabajador causó baja, extinguiéndose la relación contractual que lo vinculaba con la Universidad de Vigo.

Ante este hecho, el trabajador interpuso demanda por despido, alegando diferentes motivos de censura jurídica. En primer lugar, denunciaba la infracción del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores alegando que, desde el primer contrato fechado en 1997 hasta el último de ellos en el 2016 se habían superado los 30 meses continuados que preveía dicho artículo. Para examinar esta cuestión, el tribunal diferencia entre los dos tipos de contrato que se han sucedido en la persona del actor, contratos administrativos y contratos laborales. Respecto de los contratos administrativos, se entiende que la contratación administrativa inicialmente suscrita respetó los límites legales en la medida en que la Ley Orgánica 4/2007 dispone en su disposición transitoria cuarta que aquellos profesores que contasen con un contrato administrativo LRU, como era el actor, podrían permanecer en dicha situación hasta que

se extinguiese su contrato y su eventual renovación con base a la legislación que les era aplicable, si bien dicha situación no podía prorrogarse más de 5 años después de la entrada en vigor de la Ley. La Universidad podía prorrogar el contrato del actor hasta el 2012, teniendo en cuenta la entrada en vigor en el año 2007, pero optó por no hacerlo. Además, el actor no había impugnado en ningún momento la contratación a pesar de que permaneció en ella desde 1997 hasta 2009.

Respecto de la contratación laboral, una vez que se extinguió el contrato administrativo suscrito, la Universidad contrató al actor bajo la modalidad de contrato de interinidad por vacante alegando la necesidad de cubrir temporalmente necesidades de docencia vacantes en el área de conocimiento y departamento. Sin embargo, el actor entendía que estaba cubriendo con su interinidad una vacante que él mismo había dejado, sin acreditarse el proceso selectivo, concluyendo así la realización del contrato en fraude de ley sin causa acreditada y su obligatoria transformación en contrato indefinido en virtud del artículo 15 apartados 1 c) y 3 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, el Tribunal entiende que la Universidad de Vigo, en base a los hechos probados, procedió a la apertura de sendos procesos selectivos públicos en los que participaron otros aspirantes, si bien fue contratado el actor por contar con la mayor puntuación, de tal modo que se consideraba un contrato perfectamente lícito en la medida en que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, no supone un obstáculo a su licitud el hecho de que el trabajador ya hubiera desempeñado previamente la misma actividad mediante otra modalidad contractual (SSTS de 31 de julio y 28 de noviembre de 1995) ni que no se hubiese incluido la plaza vacante en la oferta pública de empleo y no se iniciase el proceso de selección (SSTS de 21 de marzo, 19 de septiembre y 22 de octubre de 1997). Además, teniendo en cuenta el periodo de contratación desde octubre de 2009 hasta septiembre de 2010 y desde

octubre de 2010 hasta julio de 2011, no se supera el plazo previsto en el artículo 15.5 ET.

Como segundo motivo de censura jurídica, partiendo de que el actor suscribió un contrato laboral de Profesor Ayudante Doctor de 2011 a 2012, prorrogado anualmente hasta 2016, el Tribunal entiende que la contratación carece de vicios. Si bien en la actualidad la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades en su artículo 50 dispone que no podrán ser contratados como ayudantes doctores aquellos que durante al menos dos años no hayan tenido relación contractual, estatutaria o como becario en la Universidad que se trate, en la redacción vigente al momento de la contratación el artículo no lo prevenía, ya que fue modificado por la Ley Orgánica 4/2007. En esa redacción originaria se disponía que la duración del contrato no podría ser inferior a un año ni superior a cinco, admitiendo la posibilidad de prórroga siempre que no excediese de dichos 5 años. En el caso concreto a tratar, dicha duración no se había superado ya que, si bien debía haber finalizado el contrato en octubre de 2016, se aplazó a diciembre de ese mismo año por la interrupción provocada por la situación de incapacidad temporal del actor.

En tercer lugar, el actor alega la infracción de las cláusulas 3.1 y 4.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CHS, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras*, asunto C-596/14. Así, el actor solicitaba el abono de una indemnización correspondiente a 20 días por año trabajado y, aunque el Tribunal con anterioridad había declarado la inexistencia de fraude en la contratación, consideró que no era ajustada a derecho la decisión de que el actor, tras dedicar casi 20 años a la Universidad Pública a través de distintas modalidades contractuales temporales que evitaban una contratación indefinida, viese cómo se extingue su relación laboral sin indemnización alguna. En base a la archiconocida sentencia *De Diego Porras*, el

Tribunal consideró que la ausencia de indemnización del contrato de interinidad que había sido suscrito privaba al actor de derechos reconocidos por la ley a trabajadores indefinidos sin que concurriese una razón objetiva para ello, suponiendo un trato discriminatorio que debía paliarse a través del reconocimiento de una indemnización por extinción de contrato, tal y como reclamaba el actor, de 20 días de salario por año de servicio.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 de junio de 2018 (nº. rec. 4627/2017)

Salvando las diferencias con el supuesto anteriormente expuesto, nos encontramos prácticamente en una situación comparable: la de una trabajadora que, habiendo sido contratada por la Xunta de Galicia a través de un contrato de interinidad para la sustitución de otra en situación de incapacidad temporal, observa cómo se extingue su relación laboral sin percibir ningún tipo de indemnización. Por ello, reclama en instancia la aplicación de la doctrina *De Diego Porras*, reclamación que es estimada por el Juzgado de lo Social nº1 de Ferrol en la sentencia de 15 de junio de 2017. No conforme con la decisión, y sabiendo del cambio jurisprudencial del TJUE, el Letrado de la Xunta interpone recurso de suplicación contra la sentencia, recurso que es estimado.

La fundamentación jurídica del recurso se basaba, al igual que en el supuesto anterior pero en sentido contrario, en la vulneración del Acuerdo Marco, de la doctrina jurisprudencial emanada de la sentencia *De Diego Porras* y de los artículos 15 c) y 49) del Estatuto de los Trabajadores. Los tribunales nacionales se encuentran vinculados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la interpretación que haga del Derecho de la Unión y del ordenamiento nacional, de tal modo que el Tribunal Superior se ve obligado a traer a colación para su fundamentación jurídica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Gran Sala, de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos contra Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la*

Comunidad Autónoma de Madrid, asunto C-677/16. En esta sentencia se modifica el criterio anterior emanado de *De Diego Porras*, de tal forma que el TJUE entiende que, si bien la indemnización se incluye como una condición de trabajo y el hecho de que un contrato de interinidad no la prevea puede provocar una diferencia de trato respecto de un trabajador fijo comparable, dicha diferencia de trato se encuentra justificada por razones objetivas en la medida en que la finalización del contrato de interinidad se produce en un contexto diferente al de la finalización de un contrato de un trabajador fijo. Si bien el contrato de trabajo temporal como puede ser el de interinidad deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le había asignado inicialmente por las partes, la extinción objetiva que sustenta la indemnización del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores se basa en causas que “no estaban previstas en el momento de celebración del contrato y que suponen un cambio en el desarrollo normal de la relación laboral”, teniendo la indemnización la finalidad de “compensar el carácter previsto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar en la fecha en que se produce la ruptura, en relación a la estabilidad de dicha relación”.

En consecuencia, en aplicación de esta doctrina, en el caso concreto a enjuiciar el Tribunal Superior se ve obligado a estimar el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia y desestimar la demanda de la trabajadora, negando su derecho a indemnización.

1.4. Extinción de contrato de obra o servicio en el seno de una ETT: contrata lícita o cesión ilegal y garantía de indemnidad

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 de mayo de 2018 (nº. rec. 762/2018)

A través de esta sentencia el Tribunal desestima íntegramente un recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de A Coruña de 22

de noviembre de 2017, declarando la inexistencia de cesión ilegal entre la empresa contratista y la empresa contratante y, en consecuencia, la adecuación de la extinción del contrato de obra o servicio suscrito con la trabajadora.

Lo determinante en el supuesto a tratar es la delimitación entre una contrata lícita y una cesión ilegal de trabajadores por una puesta a disposición de la mano de obra. Habiendo sido contratada una trabajadora en el año 2006 a través de un contrato de duración determinada por RANDSTAD PROJECT SERVICES SL, la misma prestó sus servicios hasta el 2017 como conserje de la Universidad de A Coruña como consecuencia del contrato mercantil suscrito entre RANDSTAD SL y esta última. Así, una vez que finalizó el contrato mercantil anterior, RANDSTAD SL comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato; trabajadora que demandó tanto a RANDSTAD SL como a la Universidad de A Coruña alegando la existencia de una cesión ilegal, reclamando la calificación del despido como nulo al vulnerarse la garantía de indemnidad por haber denunciado dicha situación con carácter previo a la extinción.

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, precepto cuya infracción alegaba la actora, recoge un supuesto de interposición en el contrato de trabajo en virtud del cual "el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal". En el supuesto de que una empresa o institución pública, como es el caso, se acoja a la descentralización productiva y acuda a una empresa de trabajo temporal, para negar la existencia de una cesión ilegal no basta con que el empresario contratista no sea ficticio, sino que además debe "poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial", ejerciendo verdaderas facultades y poderes empresariales respecto no de los trabajadores en general, sino respecto de ese trabajador en concreto que lo solicita.

La dificultad añadida en este caso radica en el hecho de que RANDSTAD SL es una empresa de servicios donde los clientes, es decir, la Universidad de A Coruña, deciden las cuestiones relativas a las condiciones del servicio, no requiriendo estos servicios una compleja organización empresarial ni constantes instrucciones, de tal modo que todos los indicios y circunstancias deben examinarse en base al caso concreto.

De los hechos probados se extrae que la Universidad de A Coruña ponía a disposición de todos los trabajadores, no únicamente de la actora, los medios técnicos y materiales existentes como el teléfono, la fotocopidora o el ordenador, medios que además tenían un uso compartido por todo el personal. Además, las bajas, vacaciones y permisos, abono de nóminas, turnos de trabajo, ampliaciones de horarios, etc. eran a cuenta de RANDSTAD SL, notificándolo posteriormente a la Universidad de A Coruña. RANDSTAD no se adentraba en exceso en la rutina de trabajo, pero el Tribunal reitera que el servicio contratado, las funciones de conserjería, no hacía necesaria una aportación por RANDSTAD SL de medios materiales o técnicos; sin quedar probado tampoco que la Universidad de A Coruña diese órdenes o instrucciones más allá de directrices generales acerca de la forma de prestar el servicio. En base a los anteriores argumentos, el Tribunal sostiene que no existe cesión ilegal, sino una contrata lícita del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

La actora, basándose en la cesión ilegal, reclamaba además la nulidad de su despido, por considerar que se producía una vulneración de la garantía de la indemnidad al haber denunciado ésta la situación antes de que se procediese a la decisión extintiva, o subsidiariamente. Sin embargo, el Tribunal rechaza su censura jurídica de nulidad en la medida en que la vincula directamente a la existencia de la cesión ilegal, sin solicitar la declaración de nulidad al margen de la misma. En cuanto a la improcedencia de la extinción, resultó probado que existía una causa real y objetiva para la extinción de su contrato de duración determinada: la

finalización de la contrata entre RANDSTAD SL y la Universidad de A Coruña, máxime cuando el artículo 33 del Convenio Colectivo de aplicación señalaba que la duración de los contratos de obra o servicio se vinculaba a la duración del servicio que se hubiese contratado con el tercero.

1.5. Despido y tutela antidiscriminatoria: enfermedad asimilada a la discapacidad

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 28 de marzo de 2018 (nº. rec. 359/2018)

El Tribunal desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Lugo de 22 de septiembre de 2017, calificando como nulo el despido de una trabajadora con una enfermedad asimilada a la discapacidad según la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió a dicho efecto.

Si bien la trabajadora prestaba sus servicios como gerocultora-auxiliar de clínica en la empresa GERIATROS SAU a través de un contrato indefinido desde el año 1991, inició un proceso de incapacidad temporal del 26/05/2015 hasta el 20/05/2016. Ante esta situación el Instituto Nacional de Seguridad y Salud no la consideró tributaria de ningún grado de discapacidad a pesar de su cuadro clínico (omalgia izquierda, tendinosis, lumbalgia y discopatías degenerativas), pero el servicio de prevención sí la consideró no apta para su puesto de trabajo, razón por la cual el 10/01/2017 la empresa comunicó a la trabajadora el cese de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, interponiendo la trabajadora demanda a través de la cual solicitaba la calificación de su despido objetivo como nulo por resultar discriminatorio.

La empresa, en consecuencia, interpuso recurso de suplicación alegando una incorrecta aplicación de normativa española y comunitaria. Concretamente, para GERIATROS SAU no sólo se trataba del artículo 14 de la Constitución

Española y el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia que los desarrollaba, sino que consideraba que se había aplicado incorrectamente también la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, junto con la doctrina desarrollada a tal efecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La empresa entendía que el despido de la trabajadora encajaba dentro del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, sin resultar discriminatorio por tratarse de una enfermedad común y no profesional, teniendo en cuenta además que la legislación española, según dicha posición, no obligaba a readaptar el puesto de trabajo.

A la vista de lo anterior, a lo que tuvo que dar respuesta el Tribunal es a la fina delimitación entre enfermedad y discapacidad como mecanismos de activación de la tutela antidiscriminatoria en el despido.

Realizando un breve análisis de la evolución de la jurisprudencia en esta materia, en un primer momento se observó cómo el Tribunal Supremo (SSTS de 11 de diciembre de 2007 o de 12 de julio de 2012) consideraba que la mera enfermedad no estaba incluida dentro de los factores de discriminación enunciados por el artículo 14 de la Constitución Española, idea que en cierta medida era compartida en su ámbito por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considerando que debía excluirse la equiparación de los conceptos de enfermedad y discapacidad a efectos de interpretar la Directiva 2000/78 (STJUE de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*). Sin embargo, en una segunda fase, el Tribunal de Justicia en el caso *Ring* (STJUE de 11 de abril de 2013, *Ring*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) dio un cambio, considerando que el concepto de discapacidad podía comprender una condición causada por una enfermedad siempre que ésta cumpliera tres requisitos: 1) debía tratarse de una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable; 2) la enfermedad debía acarrear una limitación, derivada en particular de dolencias físicas,

mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras pudiese impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores; y 3) debía ser una enfermedad de larga duración. Si se cumplían dichos requisitos, la enfermedad se asimilaba a la discapacidad, y así se incluyó por parte de nuestra jurisprudencia. Concretamente el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de mayo de 2016 (nº. rec. 799/2016) consideró que, junto con aquellos supuestos donde la enfermedad supusiese un elemento o factor de segregación, bien a través de la estigmatización de la persona enferma o bien a través de la mera existencia de la enfermedad en sí misma, supuestos donde la enfermedad se tenía por causa de discriminación, se añadía este último supuesto de enfermedad asimilada a discapacidad.

Aplicando dichos criterios al caso concreto, el Tribunal considera que la enfermedad sufrida por la trabajadora cumplía los requisitos anteriores en la medida en que se partía de un proceso médico de larga duración, de un año; proceso médico que según la empresa le causaba una limitación funcional larga en el tiempo. En base a ello, la empresa en primer lugar, en virtud del artículo 5 de la Directiva 2000/78, antes de acudir al despido, debía haber realizado una adaptación del puesto de trabajo de la demandante para que continuase con la prestación de servicio, adaptación que no se realizó en la medida en la que se acudió directamente al despido objetivo. Por ello, se considera que el despido es nulo al erigirse como discriminatorio por razón de discapacidad, considerando que además el despido objetivo es la última y la única vía a agotar cuando la readaptación del puesto de trabajo fuese imposible o muy gravosa.

1.6. Despido y prueba: derechos fundamentales del trabajador

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 de febrero de 2018 (nº. rec. 1121/2015)

Si bien hasta el momento únicamente se habían comentado sentencias provenientes del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, resulta conveniente prestar atención a los recursos interpuestos contra las mismas que han llegado al Tribunal Supremo, dando lugar a importantes pronunciamientos, bien corrigiendo la doctrina del TSJ o bien confirmándola.

En esta sentencia el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la representación procesal del trabajador, y estima el interpuesto por la representación procesal del empresario, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de diciembre de 2014 donde se había atribuido plena validez procesal a la prueba derivada del examen del correo electrónico corporativo del trabajador; prueba que sirvió de base para proceder a su despido disciplinario.

El trabajador de la empresa Inditex S.A. llevaba trabajando para la misma desde el año 1990 como comprador. En junio de 2013 el mismo trabajador había aceptado de una entidad proveedora de la empresa, a la que él mismo había realizado compras, dos transferencias bancarias por importe de 11.000 y 39.000 euros, empleando parte de dicho dinero para comprarse un vehículo de alta gama. Todos los trabajadores de la empresa Inditex poseen una cuenta corporativa y este trabajador envió un correo electrónico a dicha cuenta, adjuntando los justificantes bancarios de dicha transferencia que, a su vez, imprimió en la empresa, encontrándolos otro trabajador en la fotocopiadora general. Al ponerse en conocimiento del superior jerárquico esta circunstancia, la empresa inició una investigación sobre los hechos y, tras una previa suspensión de empleo, el trabajador que había aceptado las transferencias fue despedido disciplinariamente, alegando la empresa transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo [art. 54.2 d) Estatuto de los Trabajadores].

Contra dicha decisión recurrió el trabajador, si bien su demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº1

de A Coruña en la sentencia de 14 de abril de 2004, declarando procedente su despido. Disconforme con dicha resolución, el trabajador recurrió en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual lo desestimó en la sentencia de 30 de diciembre de 2014, volviendo a declarar procedente el despido pero únicamente en base al hallazgo casual de los justificantes y otros documentos aportados al proceso, ya que entendió que debían ser declaradas nulas y no tenidas en consideración las pruebas que, según el tribunal, se obtuvieron ilícitamente a través del control del correo electrónico del trabajador, vulnerando su derecho a la intimidad.

Tanto la representación procesal del trabajador como de la empresa recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo y, si bien el recurso del trabajador fue íntegramente desestimado, no lo fue el recurso de la empresa. Inditex SA alegaba la infracción de los artículos 18 de la Constitución Española y 20 del Estatuto de los Trabajadores, considerando que la prueba mencionada anteriormente sí debía ser tenida en cuenta. La empresa entendía que, a través de dicha prueba, que entraba dentro de la facultad de control y vigilancia del empresario, no se había vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador.

El empresario cuenta con un poder de dirección dentro del que se encuentra la facultad de adoptar las medidas de control y vigilancia que entienda oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de los trabajadores (art. 20.3 ET) y, si bien el trabajador en el marco de la relación laboral tiene reconocido su derecho a la intimidad personal, el debate se encuentra en delimitar cuándo la facultad del empresario traspasa ese derecho. El Tribunal Supremo, basándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirma el carácter limitado del derecho a la intimidad del trabajador. El uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral entra dentro del derecho a la intimidad, así como del ordenador al tratarse de un equipo que puede almacenar en su memoria dicha información, pero ello no contradice el hecho de que,

existiendo una previsión expresa de prohibición del uso del ordenador para fines personales determinada por el empresario, éste pueda vigilar el cumplimiento de dicha prohibición.

En Inditex SA existe una normativa empresarial y una política de seguridad de la información que prohíbe el uso de los ordenadores de la empresa para fines extralaborales, y dicha política se pone en conocimiento de todos los trabajadores en la medida en que deben aceptar las directrices de la misma cada vez que acceden al sistema informático de la compañía con su ordenador, advirtiendo expresamente de que la empresa se reserva el derecho "de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de sus empleados, respetando en todo caso la legislación laboral y convencional sobre la materia y garantizando la dignidad e intimidad del empleado". El trabajador era plenamente consciente de que no podía utilizar el correo para imprimir esos justificantes bancarios, lo cual provocaba que no hubiese una expectativa razonable de intimidad, y tras el hallazgo casual de los mismos la empresa adoptó dichas medidas de control y vigilancia. Estas medidas se consideraron por el Tribunal legítimas en la medida en que, si bien podían suponer un límite a un derecho fundamental, superaban el juicio de proporcionalidad: 1) se trataba de una medida idónea para conseguir el objetivo, descubrir la prueba de que el trabajador había aceptado dichas transferencias del proveedor; 2) se trataba de una medida necesaria, al no existir otra más moderada para conseguir el objetivo anterior; y 3) se trataba de una medida proporcional, intentándose que la invasión en el derecho a la intimidad fuese lo menor posible. La empresa llevó a cabo el examen dentro del propio servidor de la empresa y no de todos los correos electrónicos de manera indiscriminada, sino del contenido de algunos de ellos a través de palabras clave o fechas que revelasen información sustancial para la investigación.

Esta es la principal conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo únicamente a través de jurisprudencia nacional. Sin embargo, si bien en las instancias anteriores no se pudo tener en cuenta, una vez que se resolvió por el Alto Tribunal la cuestión ya estaba en pleno debate la doctrina del caso *Barbulescu* en base a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017. En esta sentencia se dispone que a efectos de calificar la supervisión del empleador y la posible intromisión en la vida privada del trabajador, se deben tener en cuenta cinco factores: "a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control, y e) la previsión de garantías para el trabajador". Dicha doctrina, si bien es aplicable al caso, no nos conduce a un resultado diferente del ya mencionado en la medida en que estos factores ya se reconducen al juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad requerido por nuestro Tribunal Constitucional, juicio que se ha cumplido rigurosamente en el supuesto concreto y que, en consecuencia, legitima la intervención empresarial, redundando en la procedencia del despido.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 14 de febrero de 2018 (nº. rec. 4292/2017) En el caso anterior se podía observar cómo la empresa obtenía la prueba a través de mecanismos que podían suponer una limitación al derecho de la intimidad del trabajador, pero en este supuesto se verán tres circunstancias muy relevantes en materia de prueba para ambas partes en el proceso: 1) la utilización por la empresa como prueba de imágenes publicadas por la trabajadora en sus redes sociales; 2) cómo repercute en la calificación del despido la alegación de una causa por la empresa que posteriormente no se logra probar; y 3) la necesaria aportación por parte del trabajador de indicios que creen

una duda razonable acerca de un posible comportamiento discriminatorio por parte de la empresa.

El Tribunal Superior de Justicia viene a desestimar los recursos interpuesto por la trabajadora y las empresas codemandadas ante la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Ferrol de 4 de julio de 2017.

La trabajadora venía prestando servicios como directora de recursos humanos desde el año 2008 a través de un contrato indefinido para la empresa MASOL IBERIA BIOFUEL SA, realizando funciones para dicha empresa, CAMPA IBERIA SAU y MASOL CARTAGENA BIOFUEL SL. Los hechos más destacables de cara al despido posterior fueron los siguientes: 1) La trabajadora impartió en mayo de 2015 unas clases como docente en un máster de recursos humanos en una escuela de negocios donde, según la empresa principal, esta trabajadora la había descalificado y tratado de forma peyorativa y, además, en las clases había utilizado materiales documentales relacionados con datos reales sobre importes de retribuciones de puestos de la empresa; y 2) La trabajadora inició un proceso de incapacidad el 18/02/2016 por contingencia de accidente de trabajo con un diagnóstico de fractura de tobillo, fractura y luxación de Linsfrac. Contrajo matrimonio el 06/08/2016 y dos días más tarde recibió el alta por el facultativo de la Mutua para, según mensajes enviados por la trabajadora a compañeros suyos, poder realizar su viaje de bodas, recibiendo la baja una vez que volviese del mismo, de tal modo que, tras disfrutar de su licencia por matrimonio del 9 al 19/08/2016, el 22/08/2016 le fue expedido parte médico de baja de incapacidad temporal por recaída del proceso inicial. Ante estas circunstancias la empresa inició un expediente contradictorio sancionador, remitiéndole carta de despido disciplinario tras la terminación del mismo.

La trabajadora impugnó dicho despido ante la jurisdicción social, considerando en primera instancia que el despido era improcedente. Contra dicha sentencia de instancia recurrió no solamente la trabajadora, sino las empresas codemandadas.

La trabajadora denunció la infracción de diversos derechos fundamentales al considerar que su despido era nulo por diversas razones: 1) se había vulnerado su derecho fundamental al honor y a la intimidad por haberse utilizado en el expediente contradictorio fotos privadas de su viaje de novios cedidas sin consentimiento y por haberse reprochado la elección de su viaje; 2) la causa real del despido era su situación de incapacidad, el hecho de su matrimonio y su condición de ser mujer, vulnerando el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación; y 3) el despido era discriminatorio porque traía causa de la posibilidad de ser madre en un breve plazo, en la medida en que la trabajadora tenía 39 años.

Respecto del primero de los motivos de censura jurídica, la trabajadora alegaba que, en la carta de despido, se le imputaba que su viaje de novios debía haberse disfrutado de otra forma, "en un balneario", no a través de múltiples caminatas y rutas de senderismo. Sin embargo, el Tribunal entiende que la empresa no estaba reprochando la elección de su viaje, sino que simplemente fundamenta en el escogido una transgresión de la buena fe contractual ya que, si la patología sufrida por la trabajadora le incapacitaba para su actividad laboral, donde pasaba la mayor parte del tiempo sentada en su despacho, en consecuencia, también la incapacitaba para un viaje de ese tipo, viéndose interrumpido su proceso de curación. La empresa conocía de la condición de dicho viaje gracias a las fotos que la trabajadora subía de su pie continuamente a las redes sociales durante los paseos. Por ello, el Tribunal entiende que aunque la prueba podría haber sido ilícitamente obtenida por no contar con el consentimiento para ser aportada en el expediente contradictorio, no existe ninguna vulneración de su derecho al honor o a la intimidad.

Si bien el Tribunal rechaza la discriminación por razón de enfermedad por no ser asimilada a la discapacidad, es interesante cómo recalca que, para que la trabajadora pueda alegar un despido discriminatorio por razón de su futura maternidad y dicho motivo prospere, debe aportar un

indicio razonable de prueba. Al no haberse aportado y ser sólo una alegación de parte acerca de un hecho futuro e incierto, es un argumento rechazado de pleno por el Tribunal.

Las empresas codemandadas entendían que se había aplicado de manera incorrecta el artículo 54.2 c) y d) del Estatuto y determinados preceptos del convenio colectivo aplicable. En concreto, solicitaban la declaración del despido como procedente, alegando dos causas que lo fundamentaban: 1) transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la medida en que, según las empresas, no delegó la gestión del pago de las facturas de los proveedores cuando causó baja y por ello los proveedores no cobraron; y 2) ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellas en la medida en que, de nuevo según las empresas, la trabajadora había proferido insultos a profesionales de las empresas durante las clases que impartió en el máster, habiendo utilizado además datos privados de la empresa que constituían información confidencial relativos a retribuciones y costes laborales. El Tribunal, si bien rechaza el primero de los argumentos fundamentando su decisión en el hecho de que la incapacidad temporal impedía a la trabajadora desempeñar sus labores y debía ser la empresa quien organizase ese trabajo, también rechaza el segundo motivo, en este caso por una falta de prueba. No quedó acreditado en el proceso que la actora se refiriese a personas de la empresa ni que hubiese utilizado información confidencial, sino únicamente datos que figuran en los balances de la empresa y registros públicos. La falta de dicha prueba es lo que provoca, junto con los argumentos anteriores, que el Tribunal califique el despido como improcedente (y no como nulo como reclamaba la trabajadora al no vulnerar ningún derecho fundamental de la misma).

1.7. Extinción de la relación laboral: acoso discriminatorio por asociación y acoso moral

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 13 de abril de 2018 (nº. rec. 421/2018)

Desgraciadamente, si se realiza un breve recorrido en las sentencias emitidas por los Juzgados de lo Social y los Tribunales Superiores de Justicia, no extrañará ver infinidad de casos donde trabajadoras denuncian situaciones de acoso sexual y por razón de sexo que están sufriendo en el ámbito laboral, ejerciendo sus derechos y reclamando la protección que le brinda el ordenamiento jurídico en aras a sancionar, en especial, conductas de pasividad o permisividad de la situación por parte de superiores jerárquicos. La denuncia de la mujer trabajadora de la situación de acoso es lo que ha desencadenado, en este supuesto concreto, una conducta de hostigamiento hacia su marido, trabajador de la misma empresa, por parte de sus propios compañeros y superiores, encontrándose así en una situación de desprotección.

El Tribunal Superior de Justicia, en esta tesitura, extiende el acoso discriminatorio de la mujer trabajadora por asociación a su marido, estimando el recurso por él interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Santiago de Compostela de 27 de octubre de 2017, en la cual se le negó la tutela de sus derechos fundamentales.

El primer hecho del que se debe partir para la explicación de los sucesos es que la mujer del actor, que trabajaba con él en el mismo centro de trabajo, estaba siendo sometida a una situación de acoso sexual y acoso por razón de sexo por parte de su superior jerárquico. El actor, ante esta situación, en abril de 2016 mantuvo una reunión con el jefe del personal del centro, el responsable del centro y el jefe de personal de Galicia, manifestando su preocupación por la existencia de una situación de "tensión, mal ambiente y muchos problemas" en el departamento en el que trabajaba su mujer relacionados con el jefe de la planta por sus "frases subidas de tono", que provocaban que su mujer estuviese incómoda en el trabajo. La empresa no adoptó medidas serias, es más, ascendió al presunto acosador en agosto de 2016. La mujer del actor inició baja médica el 11

de noviembre de 2016 y, días después, el 7 de diciembre, denunció la situación ante la Comisión Instructora para el Tratamiento e Investigación de Situaciones de Acoso. Al conocerse esta noticia, el 19 de diciembre el jefe del personal llamó al actor y le preguntó "si sabía algo de la denuncia interpuesta por su mujer ante el CITSA" y, esa misma tarde, se produce una reunión del actor con la directiva en la que se trata el tema de la denuncia de su mujer y la situación personal del actor, "que está atravesando una crisis matrimonial, transmitiéndole que no se preocupe y que esté tranquilo", volviéndose a interesar por su situación personal al mes siguiente. El 31 de enero de 2017 la Comisión consideró patente la situación de acoso sexual denunciada y se procede al despido disciplinario del acosador al día siguiente, si bien el 24 de febrero de 2017 el actor se reunió con el Director Regional de Galicia transmitiéndole su intención de salir de la empresa al estar incómodo en su trabajo y no tener respaldo de la directiva, si bien el Director le manifestó que si se marchaba voluntariamente, no le correspondía el percibo de ninguna cantidad. Toda la situación por la que estaba atravesando el actor provoca que iniciase una baja médica derivada de enfermedad común con diagnóstico de angina de pecho el 6 de marzo de 2017, refiriendo en los informes médicos estar sometido a mucho estrés emocional y laboral.

Con ello, el actor presentó demanda contra la empresa solicitando la tutela de derechos fundamentales y la resolución de la relación laboral por incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empresario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a la empresa, razón por la cual el actor interpuso recurso de suplicación.

Más allá de los fundamentos jurídicos relativos a las revisiones fácticas, lo realmente interesante en este recurso es comprender la reflexión que realiza el Tribunal para entender no sólo que el actor estaba siendo sometido a una situación de acoso moral, sino que también se le podía

extender la situación de acoso discriminatorio sufrida por su mujer.

La sentencia de instancia consideraba que no existía acoso moral respecto del actor al no haberse acreditado “insultos, faltas de respeto, vejaciones, exceso de carga de trabajo u órdenes por parte de la directiva que alterasen las funciones del trabajador demandante, y ello con independencia del distanciamiento o enfriamiento de la relación laboral de éste con el resto de la directiva como consecuencia del conflicto laboral de su esposa a causa de un acoso sexual”. Sin embargo, el Tribunal no comparte dicha conclusión.

El acoso por razón de sexo al que ha sido sometida la mujer del trabajador encuentra su regulación en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, traspuesto en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El artículo 2.1 c) de la Directiva define el acoso como “la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante y ofensivo”. Resulta muy importante para el Tribunal atender al tenor literal del precepto, y es que se refiere a “la dignidad de la persona”, pudiendo ser esta persona cuya dignidad está siendo atentada una persona diferente respecto de la cual se toma en consideración su sexo en el comportamiento no deseado. Es decir, se toma en consideración el sexo de una persona, la mujer, para atentar contra la dignidad de otra persona, el actor, reconociéndose así el acoso discriminatorio *per relationem* o por asociación, ajustándose a jurisprudencia europea (STJUE de 17 de febrero de 2008, *Coleman*, asunto C-303/06).

Para justificar en los hechos esta situación de acoso discriminatorio por asociación, el Tribunal no sólo reprocha

la vulneración de la confidencialidad que debe regir en la aplicación del protocolo antiacoso por preguntarle directamente el jefe del personal al actor si "sabía algo" de la denuncia interpuesta por su mujer y la inacción ante la situación de acoso. Lo que el Tribunal considera de mayor gravedad es que se convocasen reuniones con el trabajador que, con la falsa intención de preocuparse por su situación matrimonial, se realizaban para obligar al trabajador a posicionarse en el conflicto respecto de su mujer, infundiendo al mismo una sensación de intranquilidad o de posibles represalias.

Sin embargo, el Tribunal va más allá y no solamente considera patente el acoso discriminatorio, sino también el acoso moral. El Tribunal reconoce que el supuesto a tratar "no se ajusta al paradigma del acoso moral como sucesión de conductas hostiles (...) de cierta continuidad temporal contra la dignidad personal de la víctima (...) o contra su profesionalidad", pero a su vez entiende que lo relevante para acreditar el acoso moral no es que se produzcan unas conductas tasadas, sino que "se acredite la intencionalidad de dañar a la víctima a través de una conducta compleja, continuada, predeterminada y sistemática", intencionalidad no requerida en el acoso discriminatorio. Entiende que esta última es la situación que se produce en n base a la vulneración intensa del derecho a la privacidad del trabajador en las reuniones anteriormente mencionadas donde se ejerce una presión psicológica determinante de acoso moral de cara a su posicionamiento en el conflicto y las posibles represalias, con continuas referencias a su privacidad y vida matrimonial (los falsos mensajes de tranquilidad se constatan cuando dicha tranquilidad no se le transmite una vez finalizado el conflicto para que el trabajador recupere su proyecto profesional). Además de todas estas circunstancias, el Tribunal corrobora su conclusión en la identificación por parte de los informes médicos de una situación de estrés laboral del trabajador que fue tratada por los servicios psiquiátricos.

Con todo ello, considerando que la conducta debía ser calificada como un acoso discriminatorio sexista atendiendo a la conexión de la situación laboral del trabajador con la situación sufrida por su mujer y, a su vez, como un acoso moral, el Tribunal entiende justificada la resolución de la relación laboral de conformidad con el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, otorgándole al trabajador una indemnización adicional atendiendo a los daños sufridos en su integridad moral y en su proyecto vital y profesional y en su salud.

2. MEDIDAS DE CONCILIACIÓN

La interrelación entre la vida profesional y laboral y la vida personal y familiar ha tenido un recorrido histórico significativo hasta llegar a la situación actual. El panorama legislativo está compuesto por numerosas medidas de conciliación, especialmente permisos o licencias, reducciones de jornada y excedencias. Independientemente del debate que estas figuras pueden traer consigo por centrar la atención todavía en la división sexual del trabajo, continúan siendo un derecho reconocido a las trabajadoras y trabajadores, que en infinidad de ocasiones se ven obligados a acudir a la vía jurisdiccional por desacuerdos con sus empresarios a la hora de proceder o no a su concesión.

Este apartado precisamente examinará cuáles son los principales motivos que, según el empresario, originan la denegación de la petición del trabajador o trabajadora. Concretamente en primer lugar se verá qué sucede cuando la empresa impone a un trabajador el disfrute acumulado de las horas correspondientes al permiso por lactancia.

En segundo lugar se examinará cómo se puede hacer efectivo, en aras de la concreción horaria, el derecho a la reducción de jornada por cuidado de menor, en el sentido de cómo debe interpretarse la reducción "dentro de la jornada ordinaria".

2.1. Disfrute acumulado del permiso por lactancia impuesto por el empresario

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 de enero de 2018 (nº. rec. 4399/2017)

El Tribunal Superior de Justicia estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Ferrol de 3 de agosto de 2017, sentencia en la que se le denegó el disfrute del permiso por la lactancia en la forma por él solicitada.

El trabajador venía prestando servicios como maquinista por cuenta y dependencia de la empresa RENFE VIAJEROS. Siendo padre de un hijo nacido en el año 2017, solicitó el disfrute del permiso por lactancia que le correspondía al amparo del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores de mayo de 2017 a enero de 2018 en los siguientes términos: en horario de mañana de 10 a 11 horas y en horario de tarde de 19 a 20 horas. Si bien en un primer momento la empresa contestó a su solicitud por escrito concediéndole el permiso por lactancia una vez finalizado el periodo de maternidad del que estaba disfrutando, es decir, postergándolo a julio de 2017, en una nueva comunicación la empresa le notifica que debe proceder al disfrute del permiso de forma acumulada en 15 días. Teniendo el trabajador asignados los servicios como maquinista, como consecuencia de esta última comunicación la empresa confeccionó un nuevo gráfico de asignación incluyendo los días de lactancia acumulada. El trabajador, disconforme con dicha decisión, demandó a la empresa para que el permiso le fuese concedido en los términos solicitados, si bien la sentencia de instancia desestimó su demanda, razón por la cual accede en suplicación al Tribunal Superior de Justicia reclamando, además, una indemnización en concepto de daños y perjuicios.

El debate, como ya se había adelantado, se centra en si la empresa puede imponer al trabajador que disfrute de su permiso por lactancia en días acumulados según el tenor literal del precepto que regula la figura. El artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores dispone que, en los supuestos

de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla los nueve meses, "los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones (...). Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella". El derecho a la acumulación en jornadas completas únicamente se puede ejercer cuando así lo contemple la negociación colectiva o el acuerdo particular de tal modo que, si no hay dicha previsión o acuerdo, no habrá acumulación, y así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia (SSTS de 11 de noviembre de 2009). En el caso concreto que nos ocupa, el Convenio Colectivo de aplicación no prevé nada acerca del disfrute acumulado, y además tampoco existe ningún tipo de acuerdo privado entre el trabajador y la empresa. La empresa directamente impone el disfrute acumulado, alegando que no es efectivo ni para el trabajador ni para la empresa que, dadas las funciones del trabajador de maquinista, éste se ausente una hora de su puesto de trabajo cuando está en mitad de un trayecto de ida o vuelta. En opinión de la empresa, la elección del trabajador no supone una mejor conciliación familiar.

El artículo 37.7 ET, invocado por la empresa, reconoce el derecho del trabajador a la elección del horario, si bien añade que, cuando este derecho entre en colisión con el derecho de dirección y organización de la empresa, debe acudirse a las circunstancias concretas de cada caso. El Tribunal Superior comparte la opinión de la empresa en cuanto a la discutida efectividad de la elección del trabajador, pero niega la posibilidad de la acumulación del permiso. Entiende que lo más conveniente sería que la ausencia del trabajador se correspondiese con el inicio o fin de la jornada, pero la empresa en todo caso no puede

“mutar el derecho del trabajador obligándole al disfrute acumulado en jornadas completas cuando no nos consta que ni siquiera el convenio colectivo lo permita”, añadiendo que el trabajador no tiene por qué acreditar que la forma en la que ha solicitado el disfrute suponga una mejor conciliación familiar que el ejercicio acumulado.

Sentadas estas bases, dado el transcurso del tiempo y el hecho de que el hijo ya ha cumplido los 9 meses, el Tribunal Superior no puede reconocer el derecho del actor tal y como lo había solicitado, pero sí le reconoce la petición de daños y perjuicios solicitada porque entiende que, si bien la empresa le ha reconocido su derecho, “se le ha impuesto un ejercicio del mismo contrario a la legalidad ordinaria”.

2.2. Concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado de menor

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 9 de febrero de 2018 (nº. rec. 4311/2017)

El Tribunal Superior de Justicia estima parcialmente el recurso interpuesto por la trabajadora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Ourense de 20 de julio de 2017, reconociendo el derecho por ella reclamado a la concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado de menor solicitada, modificando así su régimen de turnos.

La trabajadora venía prestando servicios para la empresa ZARA ESPAÑA SA como gestora de operaciones con una jornada diaria de lunes a sábados, en turnos de mañana y tarde. El 5 de mayo de 2017 solicitó adaptación horaria por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral por cuidado de hijo, proponiendo un horario específico que fue rechazado por la empresa “por no reunir los requisitos necesarios para tal solicitud”. Ante dicha negativa, el 18 de mayo solicitó reducir la jornada por cuidado de hijo menor de 12 años desde mayo del 2017 hasta junio del 2021, proponiendo a la empresa una jornada de 25 horas por semana y una distribución específica de las mismas. La empresa, una vez recibida la petición, le indicó a la trabajadora que tenía reconocido su derecho a la reducción de jornada laboral, pero rechazó el horario

propuesto por la trabajadora en base a dos principales argumentos: 1) el artículo 37 apartados 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores dispone que la reducción de la jornada diaria y la concreción horaria le corresponderá al trabajador "dentro de su jornada ordinaria (diaria)", de tal modo que la trabajadora no se adaptaba a dicha previsión cuando, teniendo una jornada de lunes a sábado en turnos de mañana y tarde, excluía los sábados y las tardes de su jornada; y 2) la proposición de la trabajadora afectaría a la organización de la tienda, al desarrollo de su trabajo y al horario de sus otros compañeros porque su puesto requería su presencia al menos una tarde para realizar la "previa" al camión y un cierre a la semana en uno de los días de mayor venta, viernes o sábado.

La trabajadora, ante esta decisión, interpuso demanda, desestimada en primera instancia, por lo cual recurrió en suplicación. El Tribunal Superior de Justicia, en su fundamentación jurídica, se aparta ciertamente del criterio anteriormente mantenido por la primera instancia. La trabajadora, en su recurso, disponía que el artículo 37 del Estatuto debía ser interpretado conforme al artículo 14 de la Constitución Española y el Plan de Igualdad de la empresa en la medida en que la respuesta que se le otorgó a la trabajadora carecía de motivación e implicaba un trato desigual respecto de otras compañeras de trabajo a las que sí se les había reconocido dicho derecho, únicamente en base a su responsabilidad profesional.

Para la fundamentación jurídica del caso y del primero de los argumentos, el Tribunal trae a colación jurisprudencia propia del Tribunal Constitucional. Este último, en diversas sentencias ha venido entendiendo que el derecho de reducción de jornada "abre la puerta a la posibilidad de que se flexibilicen los criterios interpretativos, de tal forma que puedan no coincidir los días trabajados en aplicación de la reducción, con la jornada que se prestaba antes" en la medida en que debe tenerse en cuenta que la concesión o no del horario concreto puede suponer un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional, debiendo

tomar como referencia a la hora de interpretar el precepto del Estatuto el artículo 14 de la Constitución Española, especialmente desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras y del mandato de protección a la familia y a la infancia del artículo 39 CE (SSTC 92/2005, de 18 de abril y 26/2011, de 14 de marzo). En consecuencia, no sólo debe tenerse en cuenta la legalidad ordinaria del precepto, sino también la dimensión constitucional del derecho fundamental que se encuentra tras la medida, sirviendo de orientación para cualquier duda interpretativa. El Tribunal, partiendo de dichos preceptos, entiende que el artículo 37 del Estatuto no establece cómo ha de realizarse esa reducción dentro de la jornada ordinaria diaria, de tal modo que, ante el silencio, nada impide que la reducción fuera irregular o no proporcional en los días donde se prestase el servicio, sólo en alguno de los días o sólo en alguno de los turnos, porque no se impone expresamente que la reducción deba de tener lugar todos los días en los que se prestan servicios, sin confundir la jornada ordinaria con el horario y distribución del tiempo de trabajo o el régimen de trabajo a turnos.

En cuanto al segundo argumento esgrimido por la empresa, el Tribunal entiende que la causa organizativa mencionada no ha sido suficientemente acreditada en la medida en que la empresa no ha aportado datos como el número de establecimientos de esa misma ciudad, la plantilla del centro de trabajo de la trabajadora, la existencia de dificultades trascendentes en el funcionamiento ordinario, la formación especial de la trabajadora, etc.

Así, atendiendo a los intereses y las circunstancias particulares del caso, se reconoce la preferencia del derecho de la trabajadora respecto de la conveniencia empresarial.