

## DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Persoal Investigador en Formación (FPU)  
Universidade de Santiago de Compostela  
[lidia.gil.otero@usc.es](mailto:lidia.gil.otero@usc.es)

**Palabras clave:** despedimento, proba documental, rexistro de xornada, contratación temporal, dereitos fundamentais, redución de xornada.

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

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

### **1. WHATSAPP: PROBA A EFECTOS DE REVISAR OS FEITOS EN SUPLICACIÓN E CONDUTAS CONSTITUTIVAS DE DESPEDIMENTO (Sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 26 de marzo de 2019 e do 29 de maio de 2019)**

O acceso ao recurso de suplicación non só vén determinado pola identificación das resolucións recorribles, senón que, ademais, debe darse algún dos motivos taxados e especificados polo artigo 193 da Lei reguladora da xurisdición social. Aínda que con carácter xeral faise o exame, dentro do recurso de suplicación, de infraccións de normas substantivas ou da xurisprudencia, entre estes motivos destaca o erro xudicial "na valoración das probas documentais ou periciais". A apreciación e procedencia deste motivo, previo cumprimento dunha serie de requisitos, non determina unha nova valoración da proba, senón a excepcional revisión das conclusións de feito da

sentenza de instancia cando eses documentos ou pericias poñan de manifesto de forma incuestionable un erro por parte do xuíz *a quo* (STC 93/1997).

A proba documental no proceso laboral goza dun importante valor. Non obstante, este valor implica unha consecuencia moi importante dada a súa relevancia: a determinación do propio concepto de proba documental. Este labor de determinación adquire ademais unha dificultade engadida, dada a carencia dun significado común para todas as ordes xurisdicionais.

A referencia ao documento en papel que recolle un texto escrito viuse superada especialmente polos avances tecnolóxicos e os documentos electrónicos tales como fotografías, planos ou outros que non necesariamente incorporan un texto<sup>1</sup>. Isto, á súa vez, trouxo un difícil deslinde entre a proba documental e outros medios de proba recollidos no artigo 299.2 da Lei de axuizamento civil, como son os *"medios de reprodución da palabra, son e imaxe, así como os instrumentos que permitan archivar e coñecer ou reproducir palabras, datos ou cifras (...) relevantes para o proceso"*. As conversacións de WhatsApp achegadas a un proceso, pódense considerar proba documental e, polo tanto, un erro na súa valoración pode dar lugar ao recurso de suplicación? A esta pregunta é á que tenta dar resposta o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa sentenza do 26 de marzo de 2019.

Á súa vez, a introdución do WhatsApp como medio ordinario de comunicación, mesmo nas propias relacións laborais respecto de superiores ou de compañeiros de traballo, supuxo a exteriorización de novas condutas que veñen crebar as normas de convivencia e de paz social. Ademais, estas poden ser especialmente prexudiciais ou gravosas polo alcance que poden chegar a ter, destacando a difusión de contido relativo á vida privada dos implicados. Por iso, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 29

---

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

de maio de 2019, aínda que tamén recolle unhas consideracións en torno ao *whatsapp* como medio de proba, centra o exame da súa doutrina no comportamento dun traballador despedido por difundir a través deste medio de comunicación e outras redes sociais como Facebook un vídeo do seu superior facendo deporte que el mesmo grava durante un encontro fóra da xornada laboral, sendo posteriormente obxecto de mofas por parte dos compañeiros.

### **Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 26 de marzo de 2019**

O demandante, Epifanio, traballaba por conta do Concello de Santa Comba dende o 25 de xaneiro de 2016 como monitor deportivo, a través dun contrato temporal por obra ou servizo determinado para cubrir as actividades deportivas da tempada 2015-2016. O traballador, dende un primeiro momento, non entendeu axustada a dereito esta modalidade contractual, razón pola que presentou denuncia ante a Inspección de Traballo e da Seguridade Social. O 15 de setembro de 2016 o Concello de Santa Comba comunicou a Epifanio e a outros traballadores, contratados baixo a mesma modalidade contractual, a finalización dos seus respectivos contratos por finalización das actividades deportivas da tempada. Contra esa decisión interpón Epifanio demanda de despedimento na que solicitaba, ou ben a nulidade do despedimento por vulneración da garantía de indemnidade ou, subsidiariamente, a súa improcedencia por utilización fraudulenta da modalidade contractual.

Aínda que en primeira instancia se desestima a demanda por entender axustada a dereito a modalidade contractual e por non producirse o despedimento como represalia á denuncia ante a ITSS (a extinción tamén afecto a outros traballadores do centro deportivo), a dita sentenza é recorrida en suplicación ante o TSX adocendo, segundo vulga este último, de importantes deficiencias de técnica procesual. O recurso fundaméntase pola vía do artigo 136 b) LRXS, pretendendo que o obxecto da suplicación se cinga

á revisión dos feitos declarados probados á vista das probas documentais e periciais que se practicaron.

Máis aló das consideracións que fai o Tribunal, referidas á verdadeira natureza excepcional do recurso de suplicación e que impide unha valoración *ex novo* da proba practicada salvo circunstancias moi determinadas, este debe reflexionar acerca dos *whatsapps* achegados polo recorrente nunha serie de documentos. Baixo xuízo do traballador, na dita proba achegada fundamentaríase un erro na determinación da antigüidade, ao poder extraerse de conversacións con empregados municipais mantidas por esa vía telemática que desenvolveu labores de monitor deportivo con anterioridade á firma do contrato. Tomando en consideración que a proba válida a efectos revisorios unicamente pode ser a proba documental ou pericial, o TSX considera os *whatsapps* achegados como unha proba testifical documentada que encaixaría na referencia xenérica que recolle o artigo 299.2 LAC aos medios de reprodución da palabra, son ou imaxe ou, como os denomina o TSX, os "medios novos de proba". Baixo a súa consideración, estes medios achegados polo traballador non teñen a consideración de proba documental e tampouco cabe entender que se constitúan como documentos electrónicos ou informáticos ao carecer da sinatura electrónica que esixe a Lei 59/2003, do 19 de decembro, de sinatura electrónica, razón que, entre outras, leva ao Tribunal a rexeitar as revisións propostas e desestimar integramente o recurso de suplicación.

Sen lugar a dúbida, a reflexión esgrimida nesta sentenza posúe unha importancia destacable ao ser cada vez máis frecuente a achega nos procesos laborais de "capturas de pantalla" de conversacións de WhatsApp que mesmo poden recoller despedimentos. Esta cuestión non é nova para o TSX de Galicia, que xa tivo que pronunciarse respecto diso na súa sentenza do 28 de xaneiro de 2016. Nela determinou que a consideración dunha conversación de WhatsApp como proba documental requiría non só a copia en papel da impresión da pantalla, senón unha transcripción da conversación e comprobación da súa autenticidade a través de acta notarial sobre os devanditos extremos para evitar

problemas de posibles manipulacións, tal e como se advertiu polo Tribunal Supremo (STS do 19 de maio de 2015). Sería necesaria consecuentemente a achega do propio móbil para que o LAX levantase acta do seu contido ou a realización dunha proba pericial. Tendo en conta que estas novas probas dixitais constitúen realidades que viñeron para quedar, non cabe dúbida de que os efectos que delas se deriven, neste caso, a efectos de proba, valor e revisión de feitos, volverán ser obxecto de pronunciamento en sentenzas vindeiras.

### **Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 29 de maio de 2019**

No presente caso, Roque, traballador de Peugeot Citroën España dende o 2006, viña prestando os seus servizos na quenda de noite, período durante o cal referiu unha mal organización da repartición e sufriu un proceso de incapacidade temporal por estados de ansiedade. Neste escenario, o traballador é cambiado á quenda de día en abril de 2017 e, tras a reiteración das súas denuncias pola repartición, en maio dese mesmo ano é adscrito de novo á quenda de noite ata que o día 22 de maio de 2017 inicia un novo proceso de incapacidade temporal con diagnóstico de trastorno de adaptación mixto ansioso depresivo.

Continuando dentro dese proceso de incapacidade temporal, o 2 de febreiro de 2018 o traballador protagoniza un encontro "fortuíto" e fóra do horario laboral co seu superior xerárquico, o responsable do grupo, mentres este último se atopaba practicando marcha deportiva. O traballador dirixiuse ao responsable increpándolle pola suposta celada que se lle realizou naquela reunión do ano pasado, engadindo cualificativos como covarde ou expresións como "che tiña que caer a cara de vergoña" e "a ver non che estou acosando, estou a facerche unha pregunta, non vaias chorar agora, eh". Tras indicar o responsable que aquel non era nin o momento nin o lugar para tratar eses temas, o traballador dispúxose a gravar o responsable durante aproximadamente 3 minutos, provocándoo, ata o punto de que o responsable se viu obrigado a abandonar a actividade e coller un taxi. Nese momento o traballador manifesta

“esta é a versión que nos dá un responsable de persoal a un paciente”. Horas máis tarde o traballador subiu o vídeo gravado a Facebook e, á súa vez, foi reenviado por WhatsApp en grupos de traballadores do centro. A difusión do vídeo foi tal que, cando o responsable volveu o luns seguinte ao traballo, foi obxecto de contos e mofas que dicían “taxi, taxi”.

Estes feitos motivaron que, con data de 16 de febreiro de 2018, fose remitida ao traballador carta de despedimento disciplinario, reprochando a gravidade do seu comportamento. O despedimento foi impugnado polo traballador solicitando a súa declaración de nulidade por aplicación da garantía de indemnidade, baseada nas reclamacións e denuncias formuladas polo sistema de repartición. Desestimada a pretensión pola sentenza de instancia, o traballador interpón recurso de suplicación solicitando, por unha banda, a revisión dos feitos probados e, por outra banda, a declaración de nulidade do despedimento de novo pola aplicación da garantía de indemnidade e pola consideración de discapacitado do propio traballador.

Comezando en primeiro lugar pola revisión dos feitos probados, o traballador fundamentaba a súa pretensión nunha serie de conversacións mantidas a través de WhatsApp e Facebook. Neste sentido, o TSX Galicia retoma a liña esgrimida na sentenza anteriormente comentada, determinando que este tipo de mensaxes non constitúen un instrumento hábil a efectos de alterar os feitos probados ao non considerarse proba documental. Estas probas teñen para o tribunal a consideración de proba persoal, a pesar de ser plasmadas por escrito as conversacións, en tanto constitúen *“a expresión escrita da declaración dun terceiro (...) e as manifestacións que recollen teñen o valor dun testemuño documentado”*. Amparándose no Auto do Tribunal Supremo de 21/02/2017, entende o Tribunal que a propia técnica suplicatoria e o carácter dos medios de proba impiden a estimación da pretensión.

En segundo lugar, e estudando xa a presunta infracción de normas substantivas e xurisprudencia, a nulidade por vulneración de dereitos fundamentais pola consideración de

discapacitado do traballador considérase para o Tribunal como unha cuestión nova. Non fora exposta nin na demanda, ampliación ou acto de xuízo, polo que o propio carácter extraordinario do recurso de suplicación, que impide o exame de cuestións non debatidas na instancia, impide que o Tribunal entre a resolver a cuestión (STSX Cataluña 13/02/2006). En consecuencia, a reflexión que segue céntrase na aplicación da garantía de indemnidade a través dunha exhaustiva revisión doutrinal e xurisprudencial que parte da propia orixe e conceptualización da garantía.

A garantía de indemnidade tradúcese nunha protección dispensada ao traballador ante as posibles medidas de represalia do empresario, derivadas do exercicio polo traballador da tutela dos seus dereitos. Esta tutela dos seus dereitos admítase tanto a través do exercicio das accións derivadas do contrato de traballo como a través de actos previos ou preparatorios, protexendo así o dereito á tutela xudicial efectiva do artigo 24 CE (SSTC 14/1993 e 66/2002). Neste escenario, a achega por parte do traballador dun indicio racional do presunto exercicio ilegal ou discriminatorio da facultade organizativa e disciplinaria do empresario implica a inversión da carga da proba. O empresario, consecuentemente, debe achegar unha xustificación obxectiva, razoable e probada das medidas adoptadas e da súa proporcionalidade.

O Tribunal, no presente caso, valora as denuncias formuladas pola traballadora acerca do sistema de repartición de traballo contrapostas, á súa vez, ao propio comportamento relatado na carta de despedimento, para finalmente determinar a súa gravidade como xustificación da decisión extintiva. O despedimento disciplinario, como máxima sanción do ordenamento xurídico-laboral, esixe un incumprimento grave e culpable en función de todos os aspectos da conduta, obxectivos e subxectivos, así como as circunstancias persoais e profesionais do traballador (SSTC 30/01/1981 e 31/10/1988). Dada a propia natureza da conduta do traballador, unha conversación fóra da xornada de traballo onde se manifestaron certas posicións e expresións incorrectas, o TSX trae a colación a liberdade de

expresión e os límites en relación co respecto á dignidade e a honra do presunto afectado.

Así, a causa que serve de base ao despedimento disciplinario nestas circunstancias debe supoñer un ataque que crebe a convivencia entre o insultante e o insultado en condicións de paz e mutuo respecto, sen necesidade de que se requira unha reiteración no comportamento (SSTS 28/11/1988 e 29/04/1986). O exame da conduta con base nos feitos probados, expresións e finalidade perseguida, leva a concluír ao TSX Galicia que esta se considera suficientemente grave e culpable para merecer a sanción máxima, mesmo habendo unha denuncia previa por parte do traballador. Aínda que estas denuncias supoñen a achega por parte do traballador do indicio comentado con anterioridade, o certo é que a carta de despedimento refírese a unha conduta do traballador que, por si soa, reviste a gravidade suficiente para xustificar o despedimento, insistindo ademais na intencionalidade do traballador á hora de facer pública a gravación en redes sociais (lémbrese a frase durante a gravación *"esta é a versión que nos dá un responsable de persoal a un paciente"*). Tendo en conta que a conduta do traballador supón a demostración por parte do traballador da razoabilidade da medida adoptada, a pretensión é desestimada polo Tribunal, declarando así o despedimento procedente e confirmando a sentenza de instancia.

## **2. REXISTRO DE XORNADA: MEDIDA PROTECTORA E DE CONTROL (Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 12 de xuño de 2019)**

A importancia do control horario e do rexistro de xornada dos traballadores nace cando, no ano 2017, o Tribunal Supremo puxo encima da mesa a obriga do rexistro das horas extraordinarias en contraposición ao rexistro de xornada diaria (STS 23/03/2017), sendo reiterada en posteriores sentenzas (STS 20/04/2017) dunha maneira non sempre pacífica. Mostra diso non son só os 5 votos particulares cos que conta a sentenza orixinaria do Tribunal Supremo, senón tamén o pronunciamento do Tribunal de Xustiza da Unión Europea nun sentido totalmente contrario,



defendendo a existencia dun sistema obxectivo, fiable e accesible para computar a xornada laboral diaria realizada por cada traballador (STXUE do 14 de maio de 2019, *Federación de Servizos de Comisións Obreiras CCOO e Deutsche Bank*, asunto C-55/18).

A publicación deste último pronunciamento proveniente de instancias europeas coincidiu no tempo coa entrada en vigor da Real decreto-lei 8/2019, do 8 de marzo, de medidas urxentes de protección social e de loita contra a precariedade laboral na xornada de traballo. A través do mesmo e a modificación operada no artigo 34 ET, o deber da empresa de garantir o rexistro diario de xornada fíxose patente, debendo recoller o citado rexistro o horario concreto de inicio e finalización da xornada de traballo de cada persoa traballadora.

Máis aló dos debates xurdidos en relación coas concretas fórmulas de rexistro, resulta innegable a finalidade tuitiva que se atopa na propia base ou orixe da medida, na liña de protección da traballadora fronte á fraude e o traballo non remunerado e as propias políticas seguidas pola Inspección de Traballo e Seguridade Social. Non obstante, cada vez en maior medida obsérvase a transformación desta medida, benéfica *a priori* para os traballadores, nun instrumento de control da actividade realizada polo traballador a disposición do empresario: duración dos descansos, impuntualidade dos traballadores etc.

O feito de que o control do empresario se faga patente a través do rexistro da xornada implica, á súa vez, a realización, en situacións puntuais, de condutas de fraude polo propio traballador. Aínda sendo un fenómeno minoritario, o falseamento dos datos de control horario cualificouse polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa sentenza do 12 de xuño de 2019 como conduta constitutiva de despedimento, non reprochando o absentismo do traballador, senón a transgresión da boa fe contractual que a dita conduta comportaba.

Os feitos probados desta sentenza determinan que o traballador, que prestaba servizos para a empresa como vixiante de seguridade dende o ano 2006, debía realizar unha quenda de noite entre as 23.00 e as 7.00 dos días 12

e 13 de abril de 2018. Esa mesma noite presentáronse no centro de traballo dous inspectores de servizos da empresa, para realizar unha serie de inspeccións nocturnas. Durante esta visita puideron comprobar que o traballador non se atopaba no seu posto de traballo a pesar de que na folla que recollía o informe de finalización do servizo se simulaba a súa saída á hora asignada, as 7.00 do día seguinte. Tras recibir o aviso dun compañeiro do centro, o traballador acode ao centro de traballo portando debaixo do uniforme "*o que parecía ser un pixama*". Xustificou a súa ausencia no feito de que tivera que ir á súa casa a por unha pastilla que necesitaba.

O 30 de abril recibe a traballador carta de despedimento con base nos feitos anteriores, despedimento disciplinario que se declara procedente en instancia. Tras o recurso interposto polo traballador contra a sentenza do Xulgado do Social, o TSX adéntrase nunha reflexión referente á transgresión da boa fe contractual ao fío da valoración da conduta do traballador e a proporcionalidade e ponderación do despedimento. A boa fe é consubstancial ao contrato de traballo (art. 20.2 ET) e de observancia obrigada polo traballador no cumprimento das súas obrigas laborais [art. 5 a) ET], pero non toda conduta de transgresión é merecedora, a xuízo do Tribunal, da sanción máxima do ordenamento laboral como é o despedimento. Sen prexuízo de que non se esixa un dolo específico (STS 24/01/1990), o incumprimento contractual por parte do traballador si debe ser grave e culpable, e na valoración destes cualificativos son moitos os factores que deben terse en conta dentro da doutrina gradualista: circunstancias do feito, do autor, a categoría profesional, a responsabilidade do posto, a confianza depositada etc. (STS 18/03/1991).

En aplicación dos principios de individualización e de proporcionalidade, no caso concreto entende o TSX a medida extintiva do contrato de traballo como proporcional. Así, baixo o seu xuízo, o traballador "*non só vulnerou a confianza do empregador, ausentándose dun servizo de vixilancia sen informar a ninguén e sen xustificación de ningún tipo*". A gravidade da conduta obsérvase cando, conxuntamente á ausencia, súmaselle o propio informe ou

parte de incidencias no que o traballador fixo constar ficticiamente a súa saída no horario que tiña asignado, ausentándose en realidade case seis horas antes dese momento. Por iso, en conxunción cos artigos do convenio colectivo aplicable relativos á sanción por “*falsidade, deslealdade, fraude ou abuso de confianza á empresa durante o desempeño das súas tarefas*”, o TSX ratifica a sentenza de instancia, cualificando a conduta como merecedora da sanción máis grave, o despedimento, declarado en consecuencia procedente.

### **3. CONTRATACIÓN TEMPORAL E INDEMNIZACIÓN: REPERCUSIÓN DA XURISPRUDENCIA DO TXUE**

Dende que en setembro de 2016 o Tribunal de Xustiza da Unión Europea ditase a sentenza do caso *De Diego Porras I* (STXUE do 14 de setembro de 2016, asunto C-596/14), o estudo da indemnización tras a extinción dun contrato temporal e a repercusión do principio de non discriminación entre traballadores con contrato temporal e con contrato indefinido foi abundantemente abordado pola doutrina, ao fío dunha xurisprudencia en continua evolución e da que se fixeron eco todos os tribunais españois. Coa idea principal de que os traballadores con contrato de interinidade non tiñan dereito a indemnización ningunha ao alcanzar o termo que poñería fin ao seu contrato, o TXUE considerou na sentenza anteriormente referenciada que existía unha diferenza de trato entre estes traballadores con contrato de duración determinada e os traballadores con contrato por tempo indefinido, que si gozaban da mesma cando se producía a extinción por causas obxectivas previstas no artigo 52 ET.

Máis aló dos debates que o dito pronunciamento e a súa posterior aplicación provocaron, o certo é que a interpretación do Acordo Marco sobre traballos de duración determinada (Directiva 1999/70/CE) non se quedou estancada senón que, pola contra, foi evolucionando. Así, con case dous anos de diferenza, as sentenzas *Grupo Norte Facility* (STXUE do 5 de xuño de 2018, asunto C-574/16) e *Montero Mateos* (STXUE do 5 de xuño de 2018, asunto C-677/16) comezaron a apuntar como razón obxectiva que

xustificaría a diferenza de trato entre traballadores indefinidos e temporais, no que a indemnización por extinción contractual se refire, o contexto diferente no que se producían as extincións contractuais. Así, o coñecemento previo polas partes do termo dunha relación temporal como o contrato de interinidade opoñíase ao carácter imprevisto da ruptura da relación indefinida prevista no artigo 53 ET. Ademais, en caso de que se producise o suposto de feito amparado polo dito precepto, garantiríase o pago dunha indemnización concreta con independencia da duración determinada ou indefinida dos contratos. A rectificación, aínda que non se exprese neses termos, veu directamente coa sentenza *De Diego Porras II* (STXUE do 21 de novembro de 2018, asunto C-619/17) na que se determina que non é contraria á Directiva 1999/70/CE os preceptos do Estatuto dos traballadores que non outorgan á extinción regular dun contrato temporal a indemnización prevista para o despedimento por causas obxectivas. Esta doutrina foi acollida xa polo Tribunal Supremo na súa sentenza do 13 de marzo de 2019, diferenciando así a identidade do réxime indemnizador correspondente.

Segundo o esperado, este “vaivén” afectou os casos pendentes de resolución, especialmente na vía de recurso, e así se pode observar a través da sentenza do Tribunal Supremo núm. 468/2019, do 18 de xuño, na que vén a confirmar a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 12 de xullo de 2017 e, consecuentemente, aplicar a corrección da doutrina xurisprudencial anterior. Á súa vez, tamén destaca a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 11 do 11 de abril de 2019 non só polo número de afectados posibles, investigadores universitarios con contratos predoutorais, senón que, ao fío da discusión acerca da indemnización por finalización do citado contrato, acolle plenamente os ecos do Tribunal de Xustiza da Unión Europea e aplica directamente o principio de non discriminación entre traballadores temporais, á luz do disposto polo Auto TXUE do 19 de marzo de 2019, CCOO, asunto C-293/18.

**Sentenza do Tribunal Supremo núm. 468/2019, do 18 de xuño**

A traballadora prestaba os seus servizos como docente para un centro de ensino concertado en virtude dun contrato de interinidade para substituír a outro traballador, liberado sindical e con dereito a reserva do posto de traballo. Esta traballadora recibe comunicación de extinción do contrato de traballo pola próxima reincorporación do traballador en excedencia. Máis aló de que, con días de posterioridade, este traballador de novo é designado "permanente sindical" e, por tanto, é necesario cubrir o seu posto de novo, a traballadora formula demanda de despedimento entendendo que a reincorporación non fora efectiva ou real. Á súa vez, reclamaba a indemnización propia do despedimento obxectivo, tal e como se declarou na STXUE do 14 de setembro de 2016 (*De Diego Porras I*).

En primeira instancia considérase válida a extinción do contrato de interinidade e non se considera trasladable a doutrina respecto da indemnización, especialmente por tratarse dunha relación entre particulares. Xa en suplicación o TSX Galicia segue considerando que non cabe comparar a terminación do contrato de interinidade por unha causa que xustifica a súa propia razón de ser coa extinción dun contrato indefinido por causa sobrevida. Sendo en consecuencia estes os termos de debate dentro do recurso de casación, o Tribunal Supremo é consciente de que a súa resposta provén da evolución xurisprudencial que naceu a partir do grupo de sentenzas anteriormente referido, e así o expresa facendo un breve resumo da doutrina contida en cada unha delas. As indemnizacións previstas no artigo 49.1 c) ET, onde se exclúe delas o contrato de interinidade, e as previstas no artigo 53.1 b) ET, posúen identidades diferenciadas baseadas, precisamente, na ruptura da estabilidade dunha relación por causas sorprendidas que se contraponen a un termo previamente pactado e coñecido polas partes. Consecuentemente, entende que non constitúe un réxime contrario á cláusula sobre non discriminación do Acordo marco sobre traballos de duración determinada. Entende o Tribunal Supremo que non é posible transformar unha "finalización regular dun contrato temporal nun

*suposto de despedimento obxectivo que o lexislador non contemplou como tal*", sen menoscabo do respecto ao dereito a non discriminación dos traballadores temporais. A aplicación ao caso presente da doutrina corrixida conduce a que, consecuentemente, o Tribunal Supremo entenda válida a extinción do contrato de interinidade e non recoñeza aplicable a indemnización de 20 días establecida para o despedimento obxectivo a un suposto como o presente de terminación regular dun traballo temporal, concretamente de interinidade.

**Auto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 19 de marzo de 2019, CCOO, asunto C-293/18 e Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de abril de 2019**

Os contratos predoutorais, contratos de duración determinada para a realización de tarefas de investigación, son subscritos cunha periodicidade frecuente por todas as Universidades españolas, incluída a Universidade de Santiago de Compostela, ao amparo de, entre outras normas, a Lei 14/2001, do 1 de xuño, da ciencia, a tecnoloxía e a innovación, o II Convenio colectivo para o persoal docente e investigador laboral das Universidades de Coruña, Santiago de Compostela e Vigo e a Normativa para a contratación de Persoal do Consello de Goberno da Universidade de Santiago de Compostela con cargo ás actividades de investigación, desenvolvemento e innovación. O carácter temporal destes contratos (entre 1 e 4 anos, segundo a previsión lexislativa) e o non recoñecemento expreso do dereito a percibir un resarcimento derivado do seu cesamento ou finalización é o que motiva ao Sindicato Nacional de Comisións Obreiras de Galicia a presentar demanda de conflito colectivo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia fronte á USC. O resto de codemandados (UGT Galicia e CIGA) acabaron adheríndose á petición demandante: o recoñecemento da indemnización legalmente fixada para o despedimento obxectivo ou, subsidiariamente, a indemnización prevista para o contrato de obra ou servizo determinado.

Tras as oportunas deliberacións, o TSX expuxo unha cuestión prexudicial de interpretación ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea para dilucidar, en esencia, dous grandes aspectos. En primeiro lugar, se os contratos predoutorais se atopan dentro do ámbito de aplicación do Acordo Marco sobre traballo de duración determinada e resultaban situacións comparables respecto do principio de equivalencia entre traballadores temporais e indefinidos. En segundo lugar, se a desigualdade de trato na indemnización por extinción contractual entre traballadores fixos e temporais [arts. 49.1 c) e 52 ET] resulta contraria aos principios de igualdade de trato e de non discriminación que forman parte dos principios xerais do Dereito da Unión Europea.

O TXUE deu resposta a estas cuestións no Auto do 19 de marzo de 2019 a través de 4 lóxicos pasos fundamentados fáctica e xuridicamente. En primeiro lugar, as cuestións formuladas obrigaron ao TXUE a estudar, de novo, o ámbito de aplicación do Acordo Marco en virtude do disposto nas súas cláusulas 2 e 3. Os traballadores con contrato de duración determinada caracterízanse por estar vinculados co empresario, sexa este ente público ou privado (*SSTXUE Regojo Dans e Pérez López*), a través dun contrato de traballo ou unha relación laboral cuxo final vén determinado por condicións obxectivas como unha data concreta, a realización dunha obra ou servizo ou a produción dun feito ou acontecemento. Así, segundo a información facilitada polo TSX Galicia, especialmente a explicación do expresado nos artigos 20 e 21 da Lei 14/20011, o TXUE entende que os traballadores que subscribiron coa USC un contrato de traballo predoutoral, de duración determinada por un período dun ano prorrogable, si están comprendidos dentro do ámbito de aplicación do correspondente Acordo.

Unha vez determinado isto, respecto das cuestións específicas de discriminación en relación ás posibles indemnizacións, o TSX Galicia informara ao TXUE de que os contratos predoutorais en si mesmos non tiñan recoñecida unha indemnización concreta na normativa xeral (art. 49.1 ET). Baixo esta premisa, o TXUE aclara que o Acordo Marco unicamente se aplica ás diferenzas de trato entre

traballadores con contrato de duración determinada e traballadores con contratos por tempo indefinido que se atopan nunha situación comparable. Quedan fóra, consecuentemente, as diferenzas de trato entre as categorías de persoal con contrato de duración determinada (STXUE *Viejobueno Ibáñez e de la Vara González*). Por iso, a reflexión que preside a argumentación posterior do TXUE parte do exame da indemnización como condición de traballo que afecta de modo dispar a traballadores con contrato de duración determinada e a traballadores con contrato de duración indefinida.

Sen prexuízo de que, segundo o TXUE, incumbe ao TSX considerar se a situación do traballador con contrato predoutoral é comparable á dun traballador con contrato de duración indefinida, a existencia da dita situación comparable obriga a que a carencia de indemnización alegada se xustifique nunha razón obxectiva. Chegados a este punto, o TXUE en terceiro lugar retoma a liña argumental seguida polas sentenzas *Montero Mateos, Grupo Norte Facility* e *De Diego Porras II* ao entender que a finalización dun contrato temporal polo vencemento dun termo previamente coñecido polas partes no momento de subscrición do contrato se produce nun "contexto sensiblemente diferente" á finalización do contrato por causas obxectivas, baseado nun carácter certamente imprevisto. É este carácter o que xustifica a indemnización prevista nos artigos 52 e 53 ET, co obxecto de compensar a frustración das expectativas lexítimas de estabilidade laboral. Este obxectivo específico, xunto co contexto en concreto, determina a existencia dunha razón obxectiva que xustifique a diferenza de trato na indemnización por finalización do contrato prevista nos correspondentes artigos. Todo iso tendo en conta que no despedimento obxectivo esta indemnización se atribúe por igual ao persoal indefinido e ao persoal temporal.

Así, o TXUE conclúe que "*a cláusula 4, apartado 1, do Acordo Marco debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa nacional que non prevé o pago de indemnización ningunha aos traballadores con contratos predoutorais ao vencemento do termo polo que estes*



*contratos se realizaron, mentres que se concede indemnización aos traballadores fixos con motivo da extinción do seu contrato de traballo por unha causa obxectiva”.*

De acordo co mencionado con anterioridade, o TSX insiste de novo, e do mesmo xeito que fixera o Tribunal Supremo, na identidade específica dos diferentes réximes de indemnización, contraponendo o coñecemento previo do termo na relación temporal coa presunta estabilidade que outorga o contrato indefinido e a súa ruptura imprevista. Isto, en primeiro lugar, leva ao TSX a desestimar a pretensión relativa ao recoñecemento da indemnización de 20 días prevista no artigo 53.1 b) ET. Non obstante, e aínda que as diferenzas de trato entre traballadores de duración determinada non estean incluídas no principio de non discriminación do Acordo Marco, o TSX entende que o contrato predoutoral se configura como un contrato de obra ou servizo e non un contrato formativo respecto do que exclúe expresamente o artigo 49.1 c) ET a indemnización. Deste xeito, recoñece o Tribunal a indemnización prevista aos investigadores predoutorais na contía que casuisticamente corresponda. O TSX de Galicia marca así un precedente con este recoñecemento a través dunha sentenza que, unha vez adquira firmeza, lexitimará numerosas pretensións do colectivo.

#### **4. CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA E UNIDADE ESENCIAL DO VÍNCULO**

A figura do encadeamento de contratos temporais, recollida no artigo 15.5 ET, orixinou respecto da súa aplicación a reflexión xurisprudencial acerca da continuidade na relación laboral. Cada vez é máis frecuente observar nas sentenzas a concatenación de contratos temporais mesmo durante anos con períodos de interrupción entre eles que, evidentemente, poden ser moi variados. Esta continuidade non só resulta importante a efectos da fraude na contratación e a conversión cara a un contrato indefinido, senón que tamén dela dependerá a antigüidade do traballador e as consecuencias que se poden derivar, como a atribución de complementos ou o cálculo da indemnización

por despedimento. Por iso, resulta primordial a evolución xurisprudencial respecto da interrupción significativa entre contratos temporais a efectos da súa aplicación en casos concretos, prescindindo de regras aritméticas ou datas concretas, cuxo entendemento será fundamental ao fío deste apartado concreto.

### **Sentenza do Tribunal de Xustiza de Galicia do 29 de xaneiro de 2019**

Dende o ano 2006 ata o ano 2011, unha traballadora do Concello de Guitiriz viña prestando os seus servizos como peón xardineira a través de sucesivos contratos temporais. En concreto, a un contrato para a formación subscrito inicialmente entre o 29 de decembro de 2006 e 28 de decembro de 2007 sucedéronlle dous contratos por obra ou servizo determinado (do 19/06/2008 ao 18/03/2009 e do 23/03/2009 ao 31/12/2009), un contrato eventual por circunstancias da produción (do 17/03/2010 ao 16/09/2010), un contrato de interinidade por vacante (do 27/09/2010 ao 30/11/2010) e, de novo, un contrato eventual por circunstancias da produción (do 01/02/2011 ao 12/07/2011). A partir do 13 de xullo de 2011 a traballadora atopábase vinculada co Concello a través dun contrato indefinido non fixo por Acordo do Goberno Local. Interpostos recursos pola traballadora afectada e outra compañeira contra unha serie de Decretos reguladores dos procesos selectivos en virtude dos cales foron contratadas, o 28/12/15 declárase por sentenza do Xulgado do Contencioso-Administrativo a lesividade do acordo de nomeamento, procedendo así o Concello á execución da sentenza a través da extinción da relación laboral o 15/02/2017.

Ante estes feitos, a traballadora interpón demanda, desestimada en instancia, solicitando a improcedencia do despedimento por erro inescusable na contía da indemnización por non apreciar a unidade esencial do vínculo e a correcta antigüidade da traballadora, na medida en que unicamente se tivo en conta a antigüidade dende o 13 de xullo de 2011 (data na que foi contratada como indefinida non fixa). O TSX parte da xurisprudencia emitida

polo Tribunal Supremo e a súa correspondente evolución para fixar a antigüidade da traballadora ante a sucesión dos contratos temporais. Nunha primeira etapa a unidade esencial da relación laboral crebábase ante unha interrupción significativa, é dicir, unha interrupción de 20 días entre os contratos temporais, tomando como base o prazo de caducidade para accionar o despedimento. A pesar diso, a xurisprudencia marcou un xiro cando determinou que eran as circunstancias do caso as que debían valorarse, interpretando ademais en sentido amplo a valoración do prazo "significativo", precisamente pola concorrencia de fraude de lei (STS 07/06/2017). Rexéitase a fixación dun tope exacto ou a atención aritmética á duración das interrupcións entre os contratos sucesivos, para atender así ao "tempo total transcorrido, o volume da actividade, o número e duración dos cortes, a identidade da actividade produtiva, a existencia de anomalías contractuais etc." (STS 10/07/2010). Chégase así a recoñecer a unidade do vínculo aínda con interrupcións de 45 días (STS 15/05/2015) ou mesmo de 69 días en caso de reiterada contratación fraudulenta (STS 23/02/2016).

Sen prexuízo de que no caso concreto efectivamente a contratación realizada polo Concello resultou ser fraudulenta, nunha duración global de 10 anos prodúcense 5 interrupcións, prestando sempre os mesmos servizos aínda baixo diversas modalidades contractuais, o que determina a necesidade estrutural da contratación. Con base na anterior xurisprudencia, o TSX entende que, con independencia de que o último contrato sexa de fixo discontinuo e que non se alegou no proceso fraude na contratación, a unidade esencial do vínculo prodúcese dende o primeiro dos contratos temporais, o 29 de decembro de 2006, data que debe tomarse como referencia para a fixación da contía da indemnización á de subscripción do contrato indefinido.

Producíndose así un erro na contía indemnizadora, en segundo lugar, o TSX entra a valorar se ese erro é escusable ou inescusable a efectos de determinar a procedencia ou improcedencia do despedimento. De novo, parte o Tribunal dunha necesaria ponderación en conxunto

das circunstancias (STSX Galicia 24/01/2012) como a incidencia de novas táboas retributivas (STS 25/05/2005), a escasa contía da diferenza (STS 24/04/2000) ou a dificultade xurídica no cálculo que poidan dar lugar a unha discrepancia razoable (STS 25/05/2006). O erro escusable enténdese como *"aquele que se produce aínda a pesar de empregar a debida dilixencia"*. Enfocando o erro inescusable dende unha perspectiva de xusta ou inxusta lesión dos intereses en xogo, no caso concreto entende o TSX que o erro non debe ser escusable na medida en que a doutrina do Tribunal Supremo declarando a unidade esencial do vínculo xa era manifesta e a diferenza na contía indemnizadora era relevante, requiríndose dunha Administración pública e os seus órganos de representación e asesoramento unha dilixencia considerable. En consecuencia, o dito erro inescusable determina a estimación do recurso interposto pola traballadora e a declaración de improcedencia do despedimento.

## **5. PROTECCIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS: ACOSO LABORAL, DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDADE OU ENFERMIDADE E CONCILIACIÓN DA VIDA LABORAL, FAMILIAR E PERSOAL ("XORNADA Á CARTA")**

Os dereitos fundamentais informan non só o conxunto do ordenamento xurídico, senón que, máis aló, resultan determinantes no sistema de organización política e xurídica. Neste sentido, as relacións laborais tamén deben partir desa idea, na medida en que a realización dun contrato de traballo non implica que o traballador quede privado dos dereitos que a Constitución Española lle recoñece como cidadán (STC 98/2000).

O exercicio das facultades de vixilancia e control do empresario (art. 20.3 ET), especialmente a través de medios tecnolóxicos, supuxo o nacemento dunha importante doutrina acerca do respecto obrigado aos dereitos de intimidade, propia imaxe do traballador ou o secreto das comunicacións (art. 18 da Constitución Española). Non obstante, continúan sendo numerosas as condutas que poden conculcar a posta en perigo doutros

dereitos fundamentais como a dignidade da persoa e traballador (art. 10.1 CE) ou a integridade física e moral (art. 15 CE). Estes últimos dereitos fundamentais son os que corren un maior perigo en canto á súa vulneración en situacións de conflictividade, acoso laboral ou *mobbing*.

Por esta razón, en primeiro lugar, estudárase como a xurisprudencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, dende unha construción inicial dos requisitos esixidos para constatar a existencia de *mobbing*, interpretou o alcance das condutas presuntamente vulneradoras en canto á súa gravidade, entidade, periodicidade e sistematicidade.

Por outra banda, a discriminación laboral tamén impide o gozo e exercicio de determinados dereitos en condicións de igualdade (art. 14 CE). A discriminación laboral directa ou indirecta foi e continúa sendo suficientemente atendida por parte da Unión Europea, que desenvolveu un extenso corpo de xurisprudencia a partir da Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e na ocupación. Neste apartado en concreto traeranse a colación sentencias como as dos asuntos *Chacón Navas*, *Ring* ou *Daouidi* en canto combaten a discriminación por razón de discapacidade e a posible equiparación a ela da enfermidade ante traballadores que son despedidos exclusivamente por mor dunha concreta afección.

En último lugar, resulta evidente que as medidas tendentes a facilitar a compatibilidade da vida laboral e familiar dos traballadores afectan a dous grandes preceptos constitucionais: o dereito á non discriminación de sexo (art. 14 CE), en prol da parificación e a erradicación dunha división sexista das responsabilidades familiares (STXUE *Roca Álvarez*, 30/09/2010), e a protección á familia e á infancia (art. 39 CE). É por iso que medidas como a redución da xornada por razóns de garda legal de menores de 12 anos (art. 37.6 ET) ou a "xornada na carta" (art. 34.8 ET, modificado pola Real decreto-lei 6/2019, do 1 de marzo, de medidas urxentes para a garantía da igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes no emprego e a ocupación) deben partir na súa interpretación da posible

conculcación dos citados mandatos constitucionais, contraria á súa propia razón de ser.

### **Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 7 de maio de 2019**

A traballadora prestaba os seus servizos na cafetería do Centro Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela para unha empresa de *catering* como camareira en virtude de contrato de traballo indefinido. Ademais, exercía a presidencia do comité de empresa dende o ano 2012. A partir de xuño de 2015 comézanse a suceder unha serie de episodios conflitivos con dous dos seus compañeiros de traballo, o xefe de cociña e o director/xerente do centro de traballo, comunicados na súa totalidade á Dirección da empresa.

Nesa data produciuse unha situación na que o director/xerente se dirixiu á traballadora nun ton de voz alto diante dos seus compañeiros e clientes para un asunto relacionado co funcionamento do servizo. Ademais, en decembro dese mesmo ano o xefe de cociña diríxelle á traballadora a expresión "*es o cancro desta empresa*" e o director/xerente, de novo, recriminoulle á traballadora as súas actitudes. Estes feitos traducíronse en queixas, como se dixo anteriormente, ante a Dirección da empresa, por considerar que os tons e expresións empregadas implicaban menosprezo á súa dignidade persoal, o cal non foi compartido nas contestacións formuladas pola empresa respondendo, ao seu parecer, a denuncias "*vagas e imprecisas*". Con posterioridade, xa en decembro de 2016, cando o xefe de cociña se dispoñía a entrar no cuarto de descanso do persoal no que se atopaba nese momento a traballadora e outro compañeiro, o primeiro, para poder acceder, desprazou o carro que deixaran de recollida da vaixela e acabou golpeando a traballadora nas súas pernas. Durante o ano 2017 existen tres feitos ou situacións destacables a efectos do axuizamento correspondente. En primeiro lugar, en abril de 2017, efectúase un arqueo sorpresa por parte do director/xerente, acompañado da súa secretaria, na caixa na que nese momento se atopaba a traballadora en presenza da clientela e doutra compañeira

de traballo. Así, esíxenlle o diñeiro que se atopaba no caixón para o seu reconto xa que había que "*descubrir que está a pasar*", o que provocou as dúbidas dalgúns clientes sobre o traballo da afectada. Pasados uns días, o mesmo director envía á súa secretaria cun billete de 10 onde se atopaba a traballadora, billete que lle lanzou diante da clientela por ser presuntamente falso (aínda que despois se comprobaría que non era así). Á súa vez, no mes de maio, mentres a traballadora se atopaba mantendo unha conversación telefónica coa outra cafetería do hospital para realizar un pedido, recrimínaselle que atenda ela o teléfono e que non solicitase as horas sindicais para acudir a unha conciliación prevista por un conflito colectivo que presenta o comité de empresa contra a empresa para a aplicación do convenio colectivo.

Dous días máis tarde, a traballadora é trasladada a Urgencias tras un episodio no que, de novo, o director/xerente recriminouulle braceando e en ton alto que non subise a mercadoría á cafetería, chegando a responder á traballadora diante dos compañeiros e os clientes coa expresión "*es mala, moi mala*". Dende esa data e ata o 4 de maio de 2018 a traballadora permaneceu nun proceso de incapacidade temporal como consecuencia dos estados de ansiedade que sufría e trastornos reactivos á problemática laboral. Durante ese proceso, foi convocada unha folga xeral polo persoal da empresa de *catering* con fundamento, entre outros motivos, no acoso contra a traballadora e presidenta do comité de empresa, folga a cuxa finalización se determinou a apertura do expediente informativo correspondente.

Durante o tempo no que a traballadora se atopaba nun proceso de incapacidade temporal, a empresa impuxo dúas sancións ao xefe de cociña (que se atopaba en situación de incapacidade temporal dende o 9 de abril) por comisión de falta moi grave, pactándose entre as partes o cambio de destino deste a partir de novembro de 2017 a un centro de traballo situado en Barcelona.

Con vista nos anteriores feitos relatados, a traballadora presentou demanda contra o xefe de cociña, a empresa de *catering* e o director/xerente, determinándose en primeira

instancia a existencia da vulneración de dereitos fundamentais á dignidade e non discriminación da traballadora. Así, debía cesar inmediatamente a actitude de acoso contra a traballadora, á que se lle recoñecía un dereito a indemnización por dano moral e psicolóxico, indemnización que debía ser pagada solidariamente.

Interposto recurso de suplicación polas partes demandadas, o TSX Galicia, dentro da censura xurídica, céntrase en dous aspectos determinantes. O primeiro deles resulta ser a prescrición dos feitos vulneradores dos dereitos fundamentais presuntamente cometidos polo xefe de cociña. Con apoio xurisprudencial abundante, o TSX entende que, aínda que é certo que os dereitos fundamentais gozan dunha natureza permanente e imprescriptible, as accións concretas que derivan das lesións a estes poden contar cun límite temporal determinado que, aplicando analoxicamente o artigo 59.2 ET, será dun ano (STS 09/06/2016). A determinación do *dies a quo* neste caso concreto resulta de extremada importancia na medida en que o xefe de cociña, pola súa situación de incapacidade temporal e posterior traslado, non coincidiu coa afectada a partir dese momento. Do mesmo xeito que marcara a xurisprudencia con anterioridade, o TSX Galicia entende que o *dies a quo* se fixa no momento no que tivo lugar o último dos comportamentos continuados en que consistiu o acoso laboral. Por iso, se a demanda se presenta por parte da traballadora o 24 de abril de 2018 e non coincidiu co xefe de cociña dende o 9 de abril de 2017, enténdese que se produciu a prescrición respecto dos feitos labores polo xefe de cociña. Non só porque transcorrese máis dun ano de coincidencia no centro de traballo, senón porque a última conduta que se lle imputa ocorre o 12 de setembro de 2016. Por esta razón, e con independencia da gravidade dos feitos ocorridos, o Tribunal considera que as condutas observadas polo xefe de cociña non deben terse en conta por non poder imputarlle a conduta remitida por terceiros nin existir confabulación.

Neste punto, as condutas que merecen o exame por parte do Tribunal son as observadas polo director/xerente, para determinar se efectivamente, como se determina en



instancia, existiu unha conduta de acoso, malos tratos e persecución da traballadora. Neste sentido o Tribunal xa nega esta posibilidade no comezo dunha argumentación sólida que contrasta os feitos probados con dous elementos cualificadores da situación: a periodicidade da conduta e a súa entidade.

O TSX Galicia foi pioneiro no que á definición de acoso laboral *ou mobbing* se refire, mencionando así no presente caso a sentenza da mesma sala de 12/09/2002. Nela entendeuse o acoso laboral como *"aquela conduta abusiva ou violencia psicolóxica á que se somete de forma sistemática a unha persoa no ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamentos, palabras ou actitudes que lesionen a dignidade ou integridade psíquica do traballador e que poñan en perigo ou degraden as súas condicións de traballo"*.

O certo é que ese fenómeno foi atendido especialmente polas instancias europeas a través da Resolución do Parlamento Europeo sobre o acoso no lugar de traballo (Acta do 20 de setembro de 2001). A pesar de que parece que en diferentes instrumentos se suavizan no Dereito Comunitario os requisitos de intencionalidade ou duración (Directivas 2000/43, do Consello do 19 de xuño de 2000 ou Directiva 2002/73, do Parlamento Europeo e do Consello do 23 de setembro de 2002), a doutrina científica que serve de base á Sala si presta atención aos ditos elementos. Entendendo así o tribunal que as condutas de acoso non poden ser obxecto de amplas interpretacións polas graves transcendencias que se poden derivar, afirmase que as condutas de acoso deben ser sistemáticas, repetitivas e reiteradas. Chégase a concretar por especialistas como Leymann a periodicidade nunha vez por semana polo menos durante 6 meses, para diferenciarse así doutros ataques puntuais e de duración limitada que teñen outras vías para ser sancionados (STSX Cataluña 10/06/2005). Resulta fundamental diferenciar o verdadeiro acoso moral doutro tipo de conflitos e enfrontamentos que poden xurdir na empresa pola defensa de intereses contrapostos na relación laboral, a pesar de que estos tamén poidan ser rexeitables (STSX Madrid 24/07/2017), ou do exercicio abusivo dos

poderes de dirección e organización da empresa (STSX Asturias 28/05/2004) froito da relación xerárquica empresario-traballador (STSX Comunidade Valenciana 16/12/2003).

O Tribunal, no caso concreto axuizado, entende que os feitos sucedidos son simples conflitos laborais derivados de tensións que se diferencian de actitudes e comportamentos graves que supoñan un ataque frontal á integridade do traballador. As condutas axuizadas non cumpren o requisito de periodicidade porque non se producen unha vez por semana nin superan os seis meses. Pola contra, enténdese que as ditas condutas son ocasionais, espazadas no tempo nun lapso prolongado. Á súa vez, tamén se nega a gravidade ou entidade das condutas por parte do Tribunal na medida en que, aínda que a apreciación dos feitos é subxectiva, dende un plano obxectivo os rozamentos ou conflitos non teñen a gravidade suficiente ao non tratar de illar á traballadora, que non sufriu ataques sistemáticos, non viu degradadas as súas funcións e non se atopou nun ambiente humillante ou degradante. Pola contra, entende o Tribunal que as relacións co resto dos seus compañeiros foron normais e que non existiu un intento de ridiculizala publicamente. Por iso, négase a vulneración dos dereitos fundamentais e o trato discriminatorio.

A partir da lectura desta sentenza pódese extraer, en consecuencia, que a relación conflictiva debe deslindarse do acoso laboral en con base en apreciacións obxectivas por parte do xulgador. Estas apreciacións deben ter en conta a entidade ou gravidade das condutas e a repercusión na posible vítima (que, en todo caso, terá a súa propia apreciación subxectiva), así como a sistematicidade no seu desenvolvemento. Con todo, o Tribunal non se esquece da importancia da que goza o bo ambiente laboral que debe presidir a relación laboral e, a modo de "recado", recomenda evitar os incidentes que, aínda que se cualifican simplemente como conflitos laborais, distorsionan o ambiente de respecto e profesionalidade que sería desexable.

**Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de marzo de 2019**

Unha empresa dedicada á construción de elementos metálicos de caldeiraría e bens de equipo para industria cementeira e petroquímica incorporou en febreiro de 2016 unha directora do departamento de clientes. Esta traballadora comeza a sufrir unha serie de doenzas que determinan a súa baixa por incapacidade temporal a partir do 7 de agosto de 2017. Con todo, o que parecía unha cervicalxia cun período de duración curto (10 días), foise prolongando a través de sucesivos partes de confirmación que, o 21 de setembro de 2017, determinaron a existencia de patoloxías máis graves e que requirían, consecuentemente, períodos de duración máis longos. A pesar diso, a traballadora tiña previstos con anterioridade xa 3 viaxes tras a finalización da baixa por incapacidade temporal. Días despois da remisión deste último parte á empresa, o 5 de outubro de 2017 esta última remítelle á traballadora carta de extinción do seu contrato de traballo ao amparo do artigo 52 ET, alegando para iso: 1) causas económicas, tras observarse datos negativos nos exercicios de 2015 a 2017 como consecuencia da redución da facturación e a minoración da actividade da Compañía; 2) causas organizativas, sendo asumidas as tarefas da directora comercial polo propio director xeral, sen producirse supostamente unha maior carga de traballo; e 3) causas produtivas, ante tamén a suposta redución das vendas e do nivel comercial que xa obrigara á empresa a adoptar medidas suspensivas en exercicios anteriores para adecuarse á situación real.

Tras a impugnación do despedimento por parte da traballadora en primeira instancia, o Xulgado do Social absolveu á empresa e confirmou a súa decisión extintiva, sentenza que foi recorrida pola traballadora solicitando a declaración de nulidade do despedimento ou a súa improcedencia non só por non concorrer as causas alegadas na empresa e tratarse dunha decisión fraudulenta fundamentada unicamente na enfermidade que a dita traballadora sufría.

O tribunal, dunha forma lóxica, comeza o exame do despedimento emitindo un xuízo de legalidade acerca da existencia das causas alegadas e a súa adecuación coa modificación. En primeiro lugar, as causas económicas non resultan acreditadas xa que, aínda que é certo que a empresa se atopaba nunha situación de perdas, este nivel reduciuse practicamente á metade dende o 2015 por producirse, á súa vez, un incremento de facturación da empresa de máis do dobre entre 2016 e 2017, data na que é contratada a traballadora. Os feitos, consecuentemente, dan a entender que a traballadora contribuía favorablemente ao cumprimento dos obxectivos e á redución das perdas a través da captación de novos clientes e proxectos.

En segundo lugar, as causas organizativas alegadas tampouco teñen razón de ser porque, aínda que non existe cambio nos sistemas ou métodos de traballo do persoal ou no modo de organizar a produción, a asunción do traballo da directora comercial polo director xeral non fora total, tal e como suxería a empresa. Segundo o organigrama da empresa, tras a baixa da traballadora incorporáronse á dirección comercial dous traballadores provenientes de postos diferentes, entre eles unha bolseira á que se ascende, e ademais contratáronse outros dous traballadores como auxiliar de calidade e *service manager*, respectivamente. O TSX entende que a empresa prescinde da directora, cun soldo elevado, para reforzar o departamento con máis persoal, propio e de nova contratación, con salarios inferiores en termos xerais. Por último, en canto ás causas produtivas, os propios feitos anteriores néganos, ao non estar afectada a traballadora polos ERTES anteriores e por non observarse caída na actividade comercial (ao contrario, a realización de oito novos proxectos esixe a contratación de novo persoal).

Unha vez axuizadas as causas do despedimento, o tribunal entra a valorar se a verdadeira motivación que se escondía tras a medida extintiva era a situación de baixa médica e de previsible longa duración da traballadora para así evitar a continuidade dunha traballadora custosa e as súas posibles recaídas ou limitacións. A sentenza *Chacón Navas* (STXUE

11/07/2006) estableceu, como primeira idea neste sentido, que, aínda que non se pode equiparar pura e simplemente o concepto de discapacidade e enfermidade, a enfermidade como tal pode comportar unha discapacidade a longo prazo susceptible de ser protexida pola Directiva 2000/78. É dicir, da enfermidade pódese derivar unha limitación por doenzas físicas, mentais ou psíquicas que supoñan un obstáculo para que a persoa participe na vida profesional en igualdade de condicións cos demais traballadores (STXUE 13/04/2013). Esta situación evidentemente debe diferenciarse da simple baixa por enfermidade, e neste sentido o TSX examina os feitos probados para terminar por non identificar a enfermidade sufrida pola traballadora coa discapacidade. Entende que a situación de incapacidade temporal na que se atopaba a traballadora ao ser despedida, non esgotara aínda o período máximo no momento de producirse a extinción nin se previu a través de resolución unha duración suficientemente prolongada.

Aínda que se descarta a nulidade do despedimento por non equipararse a enfermidade á discapacidade e non producirse unha situación discriminatoria, o Tribunal si reflexiona acerca da distribución da carga da proba para a efectividade dos dereitos fundamentais e a existencia de indicios de discriminación por razón da enfermidade en si mesma. Como indicio razoable achegado pola traballadora destaca que a empresa fora coñecedora en todo momento da causa da incapacidade temporal e da súa sucesiva duración. A iso débese engadir a previsión do artigo 39 do convenio colectivo aplicable, que establecía o dereito dos traballadores a percibir un complemento da prestación de IT ata o 100% da retribución do convenio dende o día 31 a partir da baixa, completándose as pagas extras ao 100% do salario base, plus de compensación, plus de afectación, plus de asistencia e prima de produción.

Esta baixa supoñería un custo considerable á empresa, que debía facer fronte ao pago das cotas de Seguridade Social e completar a prestación sen poder contar cos seus servizos. Ante a apreciación deste indicio, a empresa non acreditara que a extinción da traballadora carecese de móbil discriminatorio, é dicir, que a medida fose razoable e

proporcional, estraña a todo propósito contrario aos dereitos fundamentais (SSTC 38/1981, 48/2002 ou 29/2002). A empresa non probou a concorrencia das causas alegadas na carta de despedimento, que poderían negar o indicio discriminatorio por razón de enfermidade, de tal modo que o Tribunal declara así a nulidade do despedimento da traballadora.

### **Sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de maio de 2019**

A demandante solicitou no ano 2015 unha redución de xornada por coidado de fillo menor de 12 anos (art. 37.6 ET), pasando da quenda fixa de noite a unha quenda de 12 a 16 horas. En marzo de 2018 esta mesma traballadora solicita que o seu horario se fixe de 10 a 14 horas de luns a venres, en aplicación dos artigos 34 e 37 ET, tendo en conta que a súa filla estaba escolarizada nun colexio cun horario de 9 a 14 horas e que o seu marido tiña un horario de luns a venres de 8.30 a 13.30 e de 15 a 18 horas. Sendo negada esta concreción horaria pola empresa, tamén o é pola sentenza de instancia.

Esta primeira sentenza recoñece que someterse a unha quenda determinada no 2015 non impide que solicite agora outro cambio de quenda, pero a pretensión denégase na medida en que a traballadora non probou a necesidade imperiosa de adecuar as condicións familiares e laborais e a imposibilidade de acudir a outros mecanismos. En concreto, considera o Xulgado do Social que non se acredita o horario actual da filla, que xa pasara de último curso de educación infantil a educación primaria, e tampouco se proba a posible axuda de avós, terceiras persoas, posibilidades de comedor ou actividades extraescolares, ou directamente que o horario actual da traballadora en relación co do seu marido sexa *“especialmente desvantaxoso para conseguir non só estar coa nena, senón a parella e a familia completa xunta, gozando de tempo en común”*.

A traballadora, dentro do seu recurso de suplicación, alega que non é necesaria a acreditación reclamada pola instancia, ao tratarse dun dereito persoalísimo cuxa titularidade lle corresponde. Alégase, ademais, a necesaria

revisión da medida dende a perspectiva constitucional e a non discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), ao ser traballadoras as que solicitan de xeito maioritario a redución de xornada por coidado de fillos.

O Tribunal, para resolver o caso concreto, parte de tres grandes pasos. En primeiro lugar, procede ao exame da normativa aplicable, é dicir, o artigo 34.8 e o artigo 37 apartados 6 e 7 do Estatuto dos traballadores. Recoñécendose neles a redución da xornada e o novo dereito de adaptación da xornada (Real decreto-lei 6/2019, do 1 de marzo), estes preceptos non só deben examinarse a xuízo do tribunal dende unha perspectiva de legalidade ordinaria, senón tamén dende unha perspectiva de legalidade constitucional. Neste sentido, a Sentenza do Tribunal Constitucional 3/2007 marcou un antes e un despois neste proceder, porque foi precisamente a primeira sentenza que, ao abordar o exame das medidas de conciliación da vida persoal, familiar e laboral, estableceu a súa necesaria revisión dende o mandato constitucional de non discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) e protección á familia e á infancia (art. 39 CE). Isto faise especialmente necesario cando a negativa xudicial da medida impide que a institución despreague os efectos para os que foi creada e cre unha discriminación indirecta por razón de sexo como *“obstáculo inxustificado no emprego da traballadora e para a compatibilidade da súa vida profesional coa súa vida familiar”*.

A necesaria atención ao caso concreto determina que o TSX Galicia divida dous grandes escenarios. En primeiro lugar, en sede de redución de xornada con concreción horaria dentro da xornada diaria, sen implicar un cambio de quendas ou días, o dereito persoalísimo correspóndelle ao traballador, que fixará a súa concreción horaria. Non obstante, se a redución si implica a modificación do sistema de quendas ou o número de días de prestación, non lle correspondería automaticamente á traballadora a concreción, senón que deberían ponderarse as circunstancias concorrentes para que esta negación non supoña unha discriminación indirecta por razón de sexo. O TSX Galicia aproveita, ao fío da fundamentación xurídica

desta sentenza, para lembrar que este xa marcara unha liña interpretativa concreta respecto deste último escenario, mesmo a través de sentenzas recentes como a sentenza do 20 de novembro de 2017. Nela determinouse que, aínda que ao empresario lle incumbe probar razóns organizativas que impidan o gozo nos termos propostos pola traballadora, só cando estas razóns sexan probadas é cando a traballadora deba probar as razóns que lexitiman o seu interese na medida conciliadora.

Aplicando estas consideracións ao caso concreto, o tribunal mantén unha postura radicalmente oposta á seguida pola sentenza de instancia reprochando, en primeiro lugar, que a traballadora deba probar a ausencia do centro escolar de actividades extraescolares. Este reproche fúndase non só porque non se trata de horario lectivo, senón porque estas actividades impoñen un custo económico á economía familiar, *"excedendo así do que é ponderable por un órgano xurisdiccional"*. Ademais, aínda que non existe ningún dato que permita determinar que á empresa lle supoña unha imposibilidade a concreción solicitada, a traballadora tampouco ten que probar que o pai non pode adaptar a súa xornada ou que non dispón de avós ou terceiros que a axuden. Lémbrese así que o dereito é persoalísimo da traballadora e *"nada ten que acreditar en relación a se o seu marido ten máis fácil conciliar ou non (...) nin en relación a se os avós están dispoñibles ou non"*.

O Tribunal adéntrase en determinar que, aínda que os avós gozan dunha importancia crucial na sociedade actual, é aos pais a quen lles corresponde a patria potestade e, para poder velar polos seus fillos, telos na súa compañía, alimentalos, educalos e procurarlles unha formación integral (art. 154 CC) resulta indispensable que estes poidan conciliar a súa vida laboral coa persoal e familiar, como así permite o artigo 37.6 ET, excedendo de novo do ponderable polo órgano xurisdiccional o gozo da familia do tempo en conxunto.



### **Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 12 de xuño de 2019**

A acertada argumentación da sentenza anterior é a que, en certa medida, tamén guía á emitida o 12 de xuño de 2019. Así, a solicitude dunha traballadora, cun horario de quendas rotativas (mañás de 8 a 15.15 horas e unha dobraxe á semana de 8 a 19 horas e tardes de 14.45 a 22 horas e unha dobraxe á semana de 11 a 22 horas) dunha redución de xornada por garda legal das súas dúas fillas menores de 12 anos (atribuída tras o divorcio), con concreción horaria de 8 a 15 horas, resólvese nos mesmos termos indicados anteriormente. A dimensión constitucional da medida é a que determina que a denegación do horario por parte da empresa impediría que a traballadora concilie a súa actividade profesional co coidado das súas fillas, sendo un dereito da traballadora a concreción horaria sen que, ademais, a empresa acreditase as dificultades organizativas que puidese ocasionar o horario en concreto.

En definitiva, as reformas legislativas tendentes a asegurar os dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral continuarán creando un importante corpo de xurisprudencia no que estas sentenzas marcan unha liña de protección moi importante a favor das traballadoras. Recoñécese así o destacable labor do coidado e dedicación á familia e a súa compatibilidade cun desenvolvemento profesional sen grandes obstáculos que salvar.

### **6. EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO POR VENCEMENTO DA CONTRATA**

Dentro dos procesos de descentralización produtiva pódese observar, cada vez con maior frecuencia, o recurso das empresas a contratas e subcontratas para a realización dunha concreta fase do proceso produtivo. Así, chegou o momento de que as empresas contratistas unicamente realicen a súa actividade habitual a través da dita figura, destacando por exemplo as empresas multiservizos. Esta vinculación tan forte que se pode crear despreza as súas consecuencias para os traballadores da empresa contratista cando a redución do volume dunha contrata ou o seu vencemento carrega dificultades que impidan o seu bo

funcionamento e non exista unha relación coa actividade real desenvolvida. Por iso, ao fío deste apartado, observarase como o vencemento dunha contrata pode xustificar a extinción do contrato do traballador por causas organizativas e produtivas, sempre que a dita decisión extintiva conte co mínimo de razoabilidade esixible á luz dos feitos declarados.

### **Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do 15 de marzo de 2019**

A Comunidade de Propietarios Boavista rescindiu o contrato de limpeza concertado coa empresa Lhyp o 4 de xullo de 2018. Por esta razón, esta última empresa procede a entregarlle ao traballador que prestaba os seus servizos nesa comunidade carta de despedimento por causas organizativas e produtivas (art. 52 c) ET). En concreto, tratábase dun traballador indefinido da empresa que, a pesar de ingresar na empresa no 2001, viña prestando os servizos ao fío desa contrata en concreto dende o ano 2016. Así, interposta demanda polo traballador en primeira instancia para declarar a improcedencia do despedimento, esta foi desestimada. O recurso de suplicación da parte demandante obriga ao TSX a examinar a concorrència e adecuación dunha causa organizativa e produtiva que xustifique o despedimento obxectivo como é o vencemento da contrata nunha empresa cuxa actividade habitual consiste precisamente na prestación de servizos baixo subcontrata. Neste sentido, cobra especial importancia que, ao tempo do despedimento, a empresa se atopaba inmersa nun proceso de contratación de traballadores da mesma categoría que o traballador despedido.

O control xurisdiccional do despedimento obxectivo non só debe limitarse a comprobar se concorren as causas que o xustifican, senón que tamén debe examinarse se esas causas son razoables respecto da medida acordada (STS 27/01/2014), é dicir, se a medida é plausible en termos de xestión empresarial (STS 26/03/2014). En termos xerais podería afirmarse, e así o veu facendo a xurisprudencia, que a finalización da contrata implica redución de actividade de

servizos e, en determinadas ocasións, un excedente do persoal resultante (STS 08/07/2011).

A amortización das prazas resultantes pode xustificar unha causa obxectiva de despedimento con independencia doutros postos vacantes na empresa (STS 07/06/2007). Non obstante, como ben se apuntaba anteriormente, nas empresas como a do caso concreto cuxa actividade principal se fundamental nas contratas, esta situación de exceso de persoal prodúcese habitualmente sen que implique obrigatoriamente dificultades para o bo funcionamento da empresa cando precisamente a finalización das contratas se produce por cumprimento do seu prazo de duración máximo. Escenario diferente é o que se produce no suposto de autos, no que as contratas se rescinden sen esgotar o dito prazo por determinados motivos, determinando a amortización dos postos ocupados por causas alleas á empresa contratista (STS 21/07/2003).

Con base nesta liña xurisprudencial, o TSX entende que, *a priori*, concorre a causa obxectiva derivada da rescisión da contrata pero, con todo, a razoabilidade da mesma quebra. O motivo atópase precisamente na existencia de vacantes e procesos selectivos para postos respecto dos cales o traballador despedido cumpría os requisitos mínimos que adquirira nas tarefas desenvolvidas na contrata e que a empresa negara. Por iso, declárase a improcedencia da decisión extintiva, ao non xustificar a medida as circunstancias concurrentes.