

DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

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

Palabras chave: traballo a tempo parcial, discriminación, recoñecemento médico, suspensión do contrato de traballo, contratación fraudulenta, conciliación.

Palabras clave: trabajo a tiempo parcial, discriminación, reconocimiento médico, suspensión del contrato de trabajo, contratación fraudulenta, conciliación.

Keywords: part-time work, discrimination, medical examination, employment contract suspensión, fraudulent hiring, conciliation.

1. CONTRATACIÓN A TEMPO PARCIAL E DISCRIMINACIÓN NO CASO *OH E ER* CONTRA A XENENCIA ESTATAL DA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. AUTO DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DO 15 DE OUTUBRO DE 2019 E A SÚA REPERCUSIÓN XURISPRUDENCIAL

O ámbito das relacións laborais non é alleo ás manifestacións da discriminación máis característica, que é aquela que se dá por razón de xénero. A configuración e feminización das tarefas de coidados e responsabilidade familiar non só traen consigo posibles manifestacións discriminatorias durante a vida do contrato de traballo, senón que condicionan xa a entrada da muller no mercado laboral, a través de contratos temporais e/ou a tempo parcial. Estes elementos provocan unha interrelación entre dous fenómenos discriminatorios: a discriminación por razón de xénero e a discriminación dos traballadores a tempo parcial en comparación aos traballadores a tempo completo.

Este escenario foi o que motivou a formulación polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de dúas peticións de cuestión prejudicial ante o Tribunal de Xustiza (autos do 18 e 22 de xuño de 2018). A efectos de complementos retributivos, o cómputo da antigüidade dos traballadores fixos descontinuos contratados pola Axencia Estatal da Administración Tributaria para a campaña do IRPF centraba o conflito. Así, para o recoñecemento da antigüidade, a empregadora non computaba a totalidade do tempo transcorrido desde o inicio da relación laboral, senón que excluía os períodos nos que non se prestaban servizos efectivos, tendo en conta soamente uns meses ao ano.

A aplicación desta fórmula de cómputo espertou as dúbidas do Tribunal Superior de Xustiza que, en réxime de recurso, destacou os seus posibles efectos adversos e discriminatorios. Por unha banda, os traballadores fixos descontinuos adquirirían un dereito económico dunha maneira máis lenta que os traballadores a tempo completo, tendo en conta que a estes últimos non se lle exclúen a efectos do cómputo os períodos de non prestación, por exemplo as vacacións. Por outra banda, a aplicación desta regra da pro rata tamén se proxectaría sobre a contía anual das percepcións. Así, un traballador que traballase só 4 meses ao ano cobraría unicamente o complemento de antigüidade neses 4 meses, sendo en definitiva a terceira parte da contía que cobraría un traballador a tempo completo. A esta discriminación inicial sumaríase a discriminación por razón de xénero ao existir na axencia empregadora, unha feminización do persoal fixo descontinuo (78,09% de mulleres por 21,91% de homes). Este feito podería supoñer un indicio de discriminación indirecta que, a xuízo do TSX, situaría ás mulleres nunha posición de desvantaxe respecto do colectivo dos homes. O TSX cuestionaba, en definitiva, se a práctica empresarial de cómputo era compatible co Acordo marco europeo sobre traballo a tempo parcial (Directiva 97/81/CE do Consello, do 15 de decembro de 1997) e coa Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación.

O Tribunal de Xustiza, a pesar da importancia do seu pronunciamento, decidiu resolver as cuestións baixo a forma de auto, considerando a razoabilidade da resposta e os precedentes fornecidos pola súa propia xurisprudencia (art. 99 do Regulamento de procedemento do Tribunal de Xustiza). Con carácter xeral, este pronunciamento do Tribunal de Xustiza dividiuse en dous grandes partes, correspondentes aos dous instrumentos normativos que se examinaron en virtude desa dobre vertente discriminatoria. Comezando pola discriminación dos traballadores a tempo parcial, a cláusula 4 do Acordo marco europeo sobre o traballo a tempo parcial dispón o principio de non discriminación en virtude do cal, en sede de "condicións de emprego", os traballadores a tempo parcial non poden ser tratados dunha maneira menos favorable que os traballadores a tempo completo. O Tribunal de Xustiza, partindo dunha interpretación non restritiva, afirmou que os trienios e complementos salariais derivados da antigüidade estaban incluídos no concepto de «condicións de emprego» esixido polo teor literal da cláusula (apartados 30 e 31), bebendo así de xurisprudencia xa consolidada [Sentenzas do 10 de xuño de 2010, *Bruno e outros* (asuntos C-395/08 e C-396/08) e do 9 de xullo de 2015, *Regojo Dans* (asunto C-177/14)]. Cumprida esta esixencia, o segundo factor determinante a xuízo do Tribunal de Xustiza no exame da posible discriminación era a comparabilidade. Podía compararse a antigüidade do traballador fixo descontinuo coa do traballador fixo continuo? Tendo en conta factores como a natureza do traballo, cualificacións, competencias e condicións laborais, o Tribunal de Xustiza considerou que non existía ningún dato que permitise concluír que os traballadores fixos descontinuos non se atopaban nunha situación comparable á dos traballadores a tempo completo da Administración (apartados 32 a 35).

A partir desta consideración, o Tribunal de Xustiza examinou a diferente aplicación das regras de cómputo de antigüidade dos traballadores a tempo completo e dos traballadores fixos descontinuos. Mentres que para os primeiros a antigüidade coincidía coa duración da relación laboral, para os fixos descontinuos atendíase só aos

períodos efectivamente traballados. Desta forma, o Tribunal de Xustiza considerou que contratos cunha duración efectiva equivalente outorgarían dereito a complementos de antigüidade a un ritmo diferente, unicamente por razón do traballo a tempo parcial. O Tribunal de Xustiza considerou que, aplicando o principio *pro rata temporis*, o cálculo do complemento retributivo debía depender directamente da cantidade de traballo efectuada, xustificando así unha redución proporcionada do dereito a un compoñente da retribución (apartados 39 a 42). Con todo, a xuízo do Tribunal, este principio de *pro rata temporis* non se podía aplicar á determinación da data de adquisición do complemento retributivo, porque o complemento dependía da antigüidade adquirida polo traballador, non da cantidade de traballo efectivo. Os traballadores fixos descontínuos xa sufrían unha redución proporcionada do complemento retributivo reflectida nos períodos de traballo efectivamente traballados, na medida en que só o cobrarían os meses nos que se traballase. O Tribunal de Xustiza afirmou por iso que o complemento de antigüidade debía ser pagado unicamente os meses de traballo, pero o seu nacemento non debía postergarse. Aplicar o principio *pro rata temporis* tamén á data de adquisición da antigüidade e do correspondente complemento supoñería un dobre prexuízo e unha discriminación en atención unicamente ao traballo a tempo parcial. Así, sen existir ningunha razón obxectiva que xustificase a diferenza de trato anteriormente exposta, o Tribunal de Xustiza concluíu que o cálculo da antigüidade dos fixos descontínuos en atención aos períodos efectivamente traballados era contrario á prohibición de non discriminación da cláusula 4 do Acordo marco (apartados 43 a 51).

Analizada esta primeira vertente da discriminación, en segundo lugar e dunha forma máis breve, analizou o Tribunal de Xustiza o impacto que a dita fórmula de cálculo tiña na propia configuración e estrutura do persoal fixo descontínuo, predominando a contratación de mulleres. Unha vez descartouse que esta práctica constituíse unha discriminación directa por razón de sexo en virtude da Directiva 2006/54, o esforzo centrouse en examinar a

posible concorrencia dunha discriminación indirecta (apartados 52 a 54). O TSX forneceu ao Tribunal de Xustiza datos respecto á composición do persoal da Administración que estaba dispoñible nas propias páxinas oficiais de transparencia. O Tribunal de Xustiza, sen realizar ningunha obxección aos devanditos datos, considerou que reflectían a posición da muller no mercado laboral e os impedimentos que tiña o colectivo para acceder a un emprego a tempo completo debido ás dificultades de conciliación. A maior presenza de mulleres entre o persoal fixo discontinuo provocaba a xuízo do Tribunal de Xustiza que o cálculo de antigüidade, a pesar de estar formulado de maneira neutra, afectase a un número maior de mulleres que de homes, sen estar xustificado por factores obxectivos alleos. Por iso, destacou tamén polo Tribunal de Xustiza a discriminación indirecta por razón de sexo, contraria á prohibición de discriminación contida no art. 14.1 da Directiva 2006/54 (apartados 55 a 62).

Emitido este auto polo Tribunal de Xustiza, o seu criterio foi asumido polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa sentenza do 18 de decembro de 2019 (núm. rec. 341/2018). Neste pronunciamento, o TSX considerou que, aínda que bastaría o pronunciamento do Tribunal de Xustiza para resolver o conflito, o caso merecía razoamentos adicionais ao fío das alegacións das partes.

En primeiro lugar, o TSX insistiu en que a fórmula de cálculo da antigüidade que propugnaba o Tribunal de Xustiza non supoñía unha vantaxe para o colectivo que traballaba a tempo parcial con respecto ao que traballaba a tempo completo. A parte demandada alegaba que a atención á duración da relación laboral beneficiaría aos traballadores fixos discontinuos na medida en que estes alcanzarían un trienio traballando, por exemplo, un total de 12 meses en tres anos, mentres que os traballadores a tempo completo obterían transcorridos 36 meses de traballo efectivo. O TSX desmentiu ese argumento a través do propio principio de *pro rata temporis*, de tal modo que o traballador fixo discontinuo realmente só cobraría a terceira parte do complemento retributivo que gañaría un traballador a tempo completo comparable, xa que este último o percibiría

durante todo o ano e o fixo descontínuo unicamente durante os 4 meses nos que presta o servizo. A proporcionalidade xusta do principio *pro rata temporis* esixía que a contía mensual do trienio non se reducise en función do tempo traballado en cómputo anual, porque a redución xa se observaba na obtención do complemento só durante o tempo de traballo efectivo.

En segundo lugar, en canto á vertente discriminatoria por razón de sexo, o TSX aproveitou a ocasión para contestar á Administración. Esta, nas súas alegacións, destacaba que a desproporción entre homes e mulleres no traballo a tempo parcial atendía a que nos procesos selectivos tamén se daba esa mesma circunstancia. O TSX, con todo, considerou que ese fenómeno tiña un carácter estrutural na sociedade no referente á repartición estereotipada dos roles familiares, circunstancia que a Administración debía ter en conta. O tribunal afirmou que esta cuestión, de coñecemento xeral, debía ser especialmente coidada pola Administración pública, poñendo todo da súa parte para evitar precarizar a un colectivo que xa de seu sufría unha dobre precarización que ataba «ás traballadoras ao emprego a tempo parcial coma se se tratase dun chan pegañento».

O pronunciamento do Tribunal de Xustiza provocou que tamén fose o Tribunal Supremo o que modificase a súa xurisprudencia, concretamente a través das sentenzas do 19 de novembro (núm. rec. 2309/2017) e do 10 de decembro de 2019 (núm. rec. 2932/2017). En sentenzas anteriores o Tribunal Supremo, atendendo a un criterio estritamente literal, distinguía entre o período de vixencia e vinculación real á empresa e o tempo real de prestación de traballo dos fixos descontínuos. Na medida en que o convenio colectivo da AEAT creaba o complemento de antigüidade atendendo ao «tempo de servizos efectivos» (art. 67), o Tribunal Supremo sostíña que era ao tempo real de actividade ao que o convenio colectivo se refería (STS do 5 de marzo de 2019). Con todo, á vista do exposto polo Tribunal de Xustiza, o Tribunal Supremo modificou a súa doutrina. A partir destes pronunciamentos, evitouse a anterior interpretación literal do convenio colectivo, apostando polo cómputo da duración da relación laboral

para evitar, por unha banda, unha diferenza de trato respecto dos traballadores a tempo completo e, por outra, unha discriminación indirecta por razón de sexo.

Este conxunto de pronunciamentos ten un impacto significativo na nova redacción do artigo 12.4 d) do Estatuto dos traballadores, outorgada por Real decreto-lei 6/2019. O recoñecemento dos dereitos dos traballadores a tempo parcial en función do «tempo traballado», garantindo «en todo caso a ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mulleres e homes», reflicte esta dobre perspectiva de análise que seguiu o Tribunal de Xustiza, adoptando criterios correctivos que eviten a degradación de condicións laborais das traballadoras a tempo parcial.

2. NEGATIVA DO TRABALLADOR AO RECOÑECIMENTO MÉDICO OBRIGATORIO: CONDUCTA CONSTITUTIVA DE DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DO 17 DE OUTUBRO DE 2019 (NÚM. REC. 3241/2019).

«O dereito do traballador afectado a negarse ao recoñecemento (médico) cede e termina onde empeza o risco grave para a vida, integridade e saúde de terceiros que non poden verse afectados pola indolencia do traballador remiso». Con estas palabras reflexionaba o Tribunal Supremo sobre a excepción ao principio de voluntariedade dos recoñecementos médicos dos traballadores (STS 33/2019, do 21 de xaneiro). Esta afirmación conecta directamente coa sentenza obxecto de comentario que, á súa vez, ten un encaixe moi importante neste contexto de crise sanitaria. O artigo 22.1 da Lei de prevención de riscos laborais pon especial énfase na obrigatoriedade do recoñecemento médico dos traballadores ante o posible risco que o estado de saúde do traballador poida implicar para si mesmo, para os demais traballadores ou para terceiras persoas relacionadas coa empresa. Este escenario sanitario xustificará de aquí en diante a necesaria protección do dereito á integridade física e a unha adecuada política de prevención de riscos laborais, podendo ser sometidos os traballadores a recoñecementos médicos

obligatorios ante, por exemplo, os perigos de contaxio do persoal e os clientes.

O respecto doutros dereitos ou bens xurídicos protexidos implica, á súa vez, a debida dilixencia do traballador no cumprimento das súas obrigas e o despregamento do poder sancionador empresarial ante actitudes negligentes. Un exemplo diso móstrase na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 17 de outubro de 2019, que confirmou a procedencia do despedimento dun traballador que se negou de forma reiterada a pasar os recoñecementos médicos obrigatorios xustificados na súa categoría profesional.

O traballador demandante prestaba servizos como operador de carretilla na empresa CIE AUTOMOTIVE a través dun contrato de posta a disposición subscrito entre esta última empresa e a empregadora, EULEN. A empresa usuaria, en virtude dese contrato, esixía que todos os traballadores de servizos externalizados que prestasen servizos na súa planta pasasen un recoñecemento médico anual, que corría a cargo de EULEN. O traballador tiña xa o seu recoñecemento médico caducado, polo que a empresa cedente concertoulle dúas citas durante o mes de agosto, sendo ambas modificadas por alegar o traballador que estaba de vacacións nese período. O mesmo sucedeu coa seguinte cita programada para primeiros de setembro, á que o traballador non acudiu por estar de baixa por incapacidade temporal. Con todo, as seguintes citas programadas non tiñan unha causa que xustificase a ausencia do traballador. Tras a alta do traballador, xestionáronse ata outras tres citas ás que o traballador non acudiu. O traballador era consciente de que tiña o permiso caducado e que este era necesario para traballar na empresa usuaria, xa que así llo indicaba a responsable de recursos humanos nos correos electrónicos que se intercambiaban. Con todo, o traballador avisaba en último momento que non podía acudir aos recoñecementos por non atoparse na cidade ou por ter unha quenda que non coincidía co horario da cita solicitada. Estes feitos levaron a que a empresa usuaria anulase a tarxeta de acceso do traballador ás súas instalacións, advertindo á empresa

cedente que solucionasen o problema ou se verían obrigados a adoptar medidas «máis drásticas», presumiblemente a rescisión do contrato de posta a disposición.

A empresa cedente, alegando un proceder malicioso do traballador e transgresión da boa fe contractual, procedeu ao despedimento disciplinario do traballador (art. 54.2 apartados b e d do ET). Tras unha actitude tolerante nun inicio, a empresa deixou de soportar condutas que, baixo a súa opinión, deixarían en mans do traballador o cumprimento de obrigas en materia de prevención de riscos da que é responsable a empresa usuaria.

O traballador, pola súa banda, solicitou xudicialmente a declaración de nulidade do despedimento, por considerar que este atendía a unha represalia pola impugnación xudicial doutras sancións que lle impuxeran anteriormente. En virtude da inversión da carga da proba que rexe nestes supostos, o traballador achegou como indicios de vulneración da garantía de indemnidade a conexión temporal entre as reclamacións xudiciais e a sanción de despedimento, feitos entre os que transcorreron unicamente 3 meses. Con todo, a empresa usuaria probou no proceso a realidade dos feitos polos cales se procedeu ao despedimento do traballador. Así, para o Tribunal Superior de Xustiza, a negativa reiterada a pasar os recoñecementos médicos permitía desvincular o despedimento coas reclamacións xudiciais anteriores.

Unha vez declarado isto, o tribunal pasou a examinar a procedencia do despedimento ante as alegacións efectuadas polo traballador de forma subsidiaria. Este consideraba o seu despedimento improcedente ante a inexistencia de causa e a ruptura da teoría gradualista. Para o traballador, a imposición pola empresa do recoñecemento médico fóra do seu horario laboral vulneraba o artigo 14 da Lei de prevención de riscos laborais en virtude do cal o custo das medidas de cumprimento da seguridade saúde debía ser con cargo á empresa. Consecuentemente, non existía para o traballador negativa nin falta de colaboración do traballador, poñendo de relevo ademais o seu dereito á conciliación da vida laboral e familiar e o seu dereito á

desconexión dixital (art. 88 da Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais).

Non se discutía, en consecuencia, se a actividade do traballador xustificaba ou non a necesidade dun recoñecemento médico obrigatorio, senón a cualificación que merecía a conduta e a continua negativa do traballador. Así, refutando os argumentos do traballador, en primeiro lugar, o tribunal considerou que non existía vulneración do artigo 14 da Lei de prevención de riscos laborais. Aínda que é certo que debía procurarse que o recoñecemento médico se realizase dentro dos horarios de traballo, non se trataba dunha obriga taxativa, senón que posibilitaba a posterior compensación do traballador con tempo ou de forma económica. A existencia deste dereito á compensación impedía que o traballador puidese alegar ese motivo para simplemente no último momento, e sen dar unha xustificación, decidir non acudir ás citas da empresa. As probas analíticas do recoñecemento médico esixían que tivese que realizarse en horario de mañá e dentro dos horarios que facilitaba o servizo de prevención. Ademais, o traballador en ningún momento indicou á empresa que a negativa para acudir á cita estivese motivada por outro feito diferente a que a cita estivese fose do seu horario. O feito de que nunca comunicase á empresa a incidencia das citas no exercicio do seu dereito á intimidade e conciliación facía presumir que a negativa non obedecía aos devanditos termos. En todo caso, rexeitou tamén o tribunal a alegación do dereito á desconexión dixital non só por tratarse dunha normativa posterior aos feitos, senón por referirse a supostos diferentes do axuizado.

En segundo lugar, o tribunal pasou a examinar a teoría gradualista para considerar, finalmente, que non fora infrinxida. Segundo reiterada xurisprudencia, as condutas constitutivas de despedimento disciplinario deben revestir cotas de culpabilidade e gravidade suficiente, esixindo unha análise individualizada de cada conduta e as circunstancias que rodean os feitos en virtude dos principios de individualización e de proporcionalidade (STX do 30 de setembro de 2008). O tribunal considerou que a conduta do

traballador era o suficientemente grave e culpable como para ser constitutiva de despedimento, sendo o traballador consciente de que o seu recoñecemento estaba caducado e postergaba a súa renovación sen xustificación suficiente. No exame da gravidade dos feitos, o tribunal entrou a considerar tamén as consecuencias negativas da conduta para a relación entre empresa usuaria e cedente. O incumprimento grave e culpable dos deberes de boa fe inherentes ao cargo determinaban a transgresión da boa fe contractual e a cualificación da conduta como moi grave, sendo facultade do empresario elixir como posible sanción un despedimento que, en todo caso, foi ratificado polo tribunal como procedente.

3. CRISE DA EMPRESA E SUSPENSIÓN DOS CONTRATOS DE TRABALLO POR CAUSAS ORGANIZATIVAS E PRODUTIVAS. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DO 20 DE NOVEMBRO DE 2019 (NÚM. REC. 4569/2019)

A actividade empresarial pode pasar, ao longo da vida da empresa, por situacións conxunturais que impidan, de maneira temporal, o mantemento do ritmo produtivo. Esa temporalidade obriga, en certa medida, a que o empresario non adopte medidas de carácter drástico ou definitivo, como a extinción do contrato de traballo. O ordenamento xurídico pon á súa disposición unha serie de instrumentos que facilitan a interrupción dos contratos de traballo durante o tempo preciso para a recuperación da normalidade, continuando viva a relación xurídica. A suspensión do contrato de traballo (arts. 45 e 48 ET) reflicte á perfección a finalidade anterior, antepoñendo a estabilidade no emprego. A crise sanitaria demostrou a utilidade desta figura ante circunstancias de forza maior, pero, en realidade, xa con anterioridade, numerosas situacións de crises da empresa víronse axudadas por esta medida (art. 47 ET).

A descentralización produtiva trouxo consigo que os fenómenos de crise empresarial da empresa contratante e contratista se vexan conectadas, de modo que os traballadores sufran os efectos de modificacións ou reducións das contratas subscritas entre as entidades. Este

foi fundamentalmente o obxecto de estudo da sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 20 de novembro de 2019.

No caso concreto, as empresas VODAFONE e BOSCH tiñan subscritos contratos de prestación de servizos en virtude dos cales BOSCH prestaba actividade de call center ou telemarketing para VODAFONE, dependendo os seus volumes da propia actividade desta última. Desta forma, os axentes de BOSCH eran planificados mensualmente en función dos servizos requiridos no mes anterior por parte de VODAFONE. Durante a vixencia destes contratos, VODAFONE sufriu unha situación de crise que lle levou a tramitar un ERE do seu propio persoal e, consecuentemente, reducir o volume das contratas dos seus provedores, incluído BOSCH.

Esta modificación da contrata trouxo consigo que BOSCH tramitase un ERTE por causas produtivas e organizativas en febreiro de 2019. Durante a negociación cos representantes dos traballadores, BOSCH non forneceu as contas ou os contratos mercantís, alegando que a dita esixencia unicamente rexía para os ERTE por causas económicas. Os traballadores afectados polo ERTE eran aqueles adscritos aos servizos de VODAFONE que foron obxecto de redución, aínda que BOSCH ofreceu a posibilidade de que estes voluntariamente pasasen aos servizos de televenda, previa proba do seu perfil. De aproximadamente 850 traballadores afectados, unicamente presentáronse á proba 11. Eses servizos de televenda en BOSCH eran prestados nese momento a través de persoal dunha empresa de traballo temporal. Posteriormente, tras unha serie de reaxustes na negociación, BOSCH reduciu o número de traballadores afectados polo ERTE a 650. Ademais destas consideracións, no comité de negociación trasladáronse por parte de BOSCH numerosas propostas como a rebaixa do tempo inicialmente previsto. Foron acordadas tamén medidas de diferente tipo, como que non houbese máis dun representante legal afectado en cada departamento, o respecto á representación dos traballadores durante a suspensión e a prioridade na permanencia na empresa daqueles traballadores que voluntariamente se adscribiron ao ERTE.

Unha das traballadoras afectadas polo ERTE impugnou a medida suspensiva, aínda que a sentenza de primeira instancia desestimou a súa demanda. Os motivos alegados pola demandante ían fundamentalmente en tres liñas: 1) falta de información no período de negociación; 2) inexistencia das causas produtivas e organizativas ao conseguirse BOSCH novos clientes; e 3) non existir unha negociación de boa fe. O rexeitamento destes argumentos en primeira instancia fixo que a demandante, desconforme co pronunciamento, recorrese ante o Tribunal Superior de Xustiza.

Comezando pola primeira das cuestións, o tribunal retomou o teor literal do artigo 47 ET e dos artigos 4.2 e 18.3 do Real decreto 1483/2012, do 29 de outubro. En virtude destes preceptos, o cumprimento da obriga informativa da empresa debía examinarse desde unha perspectiva finalista, de tal modo que a suficiencia da documentación presentada non prevista na norma viñese determinada pola solicitude dos representantes dos traballadores e a súa utilidade para os fins que se estaban discutindo. Existen documentos que se revelan como intranscendentes para os efectos que persegue a norma, de tal modo que a súa ausencia non debe levar á declaración de nulidade da medida. Desde esta perspectiva, o Tribunal entendeu que a documentación achegada pola empresa era suficiente na medida en que non se ocultaron datos relevantes e se fixo entrega da memoria explicativa e do informe técnico, únicos documentos esixidos pola normativa. Destacouse ademais a posibilidade que se outorgou ao longo do período de consultas de que dese as explicacións correspondentes o responsable de finanzas.

O cumprimento deste deber de información conectaba para o tribunal, en certa medida, coa existencia dunha negociación de boa fe. O ofrecemento de información, xunto coa modificación de determinados puntos da proposta inicial pola empresa (especialmente, a redución do número de traballadores afectados), deixaban entrever unha flexibilidade que se afastaba dunha postura inamovible da empresa. A inamovibilidade na negociación considerouse pola xurisprudencia como un indicio de inexistencia de boa fe

(STS do 27 de maio de 2013), pero os feitos probados mostraban unha realidade diferente. Aínda que é certo que a empresa e os representantes dos traballadores non chegaron a un acordo tras a finalización do período de consultas, o tribunal lembrou que a obriga imposta polo artigo 47 ET non era a de chegar a un acordo, senón a de negociar de boa fe. Rexéitase así mesmo polo tribunal a vaguidade ou inadecuación dos criterios de selección dos traballadores afectados. Estes criterios foron fornecidos pola empresa desde o momento inicial de apertura da fase de negociación, coñecéndooos os representantes dos traballadores.

En terceiro lugar, nos antecedentes de feito constaba que BOSCH, desde xaneiro de 2019, viña realizando novas contratacións a través de empresas de traballo temporal para realizar tarefas que, en principio, non se podían levar a cabo polos traballadores afectados. Para examinar a compatibilidade entre estas novas contratacións e as medidas de suspensión adoptadas, o tribunal centrouse especificamente na análise da natureza de cada un dos postos implicados. Aínda que, *a priori*, a incorporación de novos traballadores temporais non xustificaría a necesidade de acceder á suspensión dos contratos de traballo, destacou que o perfil dos traballadores afectados polo ERTE era un perfil técnico e administrativo diferente dos novos perfís contratados, dedicados á televenda comercial. A xuízo do tribunal, a nulidade do ERTE non podía fundamentarse no novo número de contratacións efectuadas porque estas respondían a unha necesidade limitada e, ademais, foron efectuadas para atender a actividades que non eran desempeñadas polos traballadores afectados. A posibilidade que ofreceu a empresa de recolocación nos devanditos servizos, tras pasar unha previa proba, e o baixo número de traballadores que voluntariamente se presentaron demostraba que os postos de traballo e actividades eran diferentes entre si. Baixo estas consideracións, o tribunal considerou que a medida de suspensión era acorde co ordenamento xurídico e, por iso, desestimou o recurso interposto pola traballadora.

4. FRAUDE NA CONTRATACIÓN: NOTAS DE LABORALIDADE E CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES

A fuxida do Dereito do Traballo constituíu un recurso ao que acoden as empresas que consideran o ordenamento xurídico laboral como un obstáculo de cara ao desenvolvemento da súa actividade empresarial, con elevados custos sociais facilmente eludibles a través doutras ramas do ordenamento xurídico. Os ordenamentos civil e mercantil canalizaron numerosos contratos de arrendamento de servizos que, baixo un minucioso labor de camuflaxe, esconden relacións nas que concorren todos os requisitos de laboralidade enumerados no artigo 1.1 do Estatuto de traballadores.

A enxeñería xurídica e empresarial levada a cabo por determinadas empresas levou mesmo ao deseño ficticio de determinadas entidades mercantís como as cooperativas que, agrupando ao conxunto dos seus socios, facilitaban a man de obra a entidades principais a través de contratos de arrendamentos de servizos. As cooperativas cárnicas supuxeron o maior reflexo desta situación, denunciada polos sindicatos máis representativos e mesmo pola Inspección de Traballo e Seguridade Social. Desta cuestión tivo que facerse eco o Tribunal Superior de Xustiza na súa sentenza do 5 de novembro de 2019. Nela, ante a existencia de relacións triangulares entre a cooperativa, os seus socios e a entidade á que se prestaban os servizos, o tribunal pon especial énfase na determinación da entidade empregadora. Serán as condicións reais da prestación de servizo as que deban ser tidas en conta, obviando os simples elementos contractuais e formais.

Xunto cos falsos autónomos, tamén constitúen un fenómeno destacado na fuxida do Dereito do Traballo os falsos bolseiros. Como xa dispuxo o Tribunal Supremo na súa sentenza do 13 de xuño de 1998, as bolsas representan unha zona gris no ámbito de aplicación da normativa laboral na medida en que nelas, do mesmo xeito que no contrato de traballo, tamén se dá unha actividade que é obxecto dunha remuneración. En ocasións, a finalidade eminentemente formativa das bolsas aparece desvirtuada

cando o suposto bolseiro desenvolve, en esencia, as mesmas funcións que os traballadores da empresa. O fenómeno das bolsas fraudulentas afecta tanto a entidades privadas como a entidades públicas, que recorren a mozos ou estudantes a través de convocatorias para atender a unha necesidade estrutural da empresa, aforrándose con iso custos laborais. As convocatorias de bolsas por parte das administracións públicas non sempre terminan respondendo ao seu obxectivo primordial, polo que existen mozos que, nunha etapa de formación profesional ou para o emprego, prestan un servizo sen ningún tipo de supervisión e do que, ademais, se apropia a entidade. Nestas situacións, os tribunais deben examinar a verdadeira natureza xurídica da relación á luz das características e circunstancias da prestación real de servizos. Así, verase como o Tribunal Superior de Xustiza, na súa sentenza do 15 de novembro de 2019, nega a existencia dunha bolsa cando os servizos do bolseiro cubran ou satisfagan necesidades dunha administración pública que, de non se levar a cabo por el, encomendaríanse a terceiros.

Sentenza do Tribunal de Xustiza do 5 de novembro de 2019 (núm. rec. 3149/2019)

Desde o 1 de abril de 2003, as empresas SERVICARNE e SUAVI tiñan subscrito un contrato de arrendamento de servizos en virtude do cal a primeira delas realizaba a través dos seus socios cooperativistas os traballos de despezamento para a segunda. SERVICARNE era unha sociedade cooperativa que carecía de instalacións, maquinaria e persoal técnico ou directivo para o cumprimento do seu obxecto social. Unicamente contaba cunha serie de socios cooperativistas que debían darse de alta como tales para poder prestar servizos e traballar nas empresas principais coas que SERVICARNE tiña subscritos contratos de arrendamento. SERVICARNE limitábase así a remitir aos seus socios a SUAVI, e era esta última a que lles fornecía aos cooperativistas de SERVICARNE todo tipo de instrucións, ritmos e ordes a través do seu xefe de equipo. En xullo de 2018, a Inspección de Traballo e Seguridade Social emitiu un informe en virtude do cal se declaraba que

os socios cooperativistas de SERVICARNE eran en realidade traballadores por conta allea de SUAVI, debendo procederse á súa recualificación. Tras esta actuación, SUAVI e SERVICARNE acordaron suspender o contrato de arrendamento de servizos vixente entre elas con efectos do 7 de agosto, aínda que a súa rescisión se produciría unha semana despois. Como consecuencia da devandita suspensión, o 8 de agosto SUAVI impediu a entrada dos cooperativistas de SERVICARNE nas súas instalacións. A partir destes feitos e da actuación inspectora, unha das cooperativistas de SERVICARNE que prestaba servizos para SUAVI solicitou a súa baixa como cooperativista e interpuxo demanda por despedimento contra SUAVI, estimada en primeira instancia e cualificándose o despedimento como nulo ante unha suposta vulneración da garantía de indemnidade.

O recurso de suplicación interposto por SUAVI ante Tribunal Superior de Xustiza ía dirixido, fundamentalmente, a negar a existencia dunha relación laboral entre as partes e a cesión ilegal dos traballadores da cooperativa. Tratábase de dúas cuestións xurídicas diferentes pero que, dada a relación existente entre ambas, debían estudarse conxuntamente. Para valorar se SERVICARNE cedera de maneira ilegal aos seus socios cooperativistas a SUAVI, o tribunal considerou primordial establecer, en primeiro lugar, cal era o propio concepto da cesión ilegal de traballadores. O feito de que SERVICARNE carecese dunha organización real, tal e como se mencionou con anterioridade, podería poñer de manifesto a existencia dunha empresa cedente ficticia utilizada de forma instrumental en beneficio de SUAVI. Con todo, a xuízo do TSX, a cesión ilegal non abarcaba unicamente os supostos de interposición de man de obra entre empresas ficticias, senón tamén aqueles, en que, existindo empresas reais, non actúan verdadeiramente como partes dunha contrata nin implican nela a súa organización e riscos empresariais (STS do 26 de setembro de 2007).

A descentralización produtiva está permitida no ordenamento xurídico, e poden integrarse a través dela sectores da actividade produtiva dunha empresa. Con todo,

se baixo esa descentralización produtiva se esconde unha mera posta a disposición dos traballadores entre as empresas, esta convértese nunha cesión ilegal de traballadores (art. 43.2 ET). A partir dos feitos probados, o tribunal entendeu que SERVICARNE posuía un carácter puramente formal ante a ausencia de elementos que, de normal, configurarían a estrutura dunha empresa. Todos os socios cooperativistas de SERVICARNE eran en realidade traballadores respecto dos que SUAVI exercía o poder de dirección e organización da prestación laboral. O exercicio deste poder, xunto coa asunción de riscos da actividade por SUAVI, eran os elementos determinantes a xuízo do tribunal para cualificar a operación como unha cesión ilegal, sendo indiferente que os falsos cooperativistas recibisen a súa contraprestación de SERVICARNE ou que existisen cooperativistas con determinada cualificación. Máis aló de que SUAVI determinase o horario laboral ou as instrucións correspondentes, que SERVICARNE carecese de instalacións, maquinaria, equipos informáticos ou similares implicaba para o TSX que non asumía os riscos empresariais e laborais.

Unha vez resolta a existencia da cesión ilegal, como cuestión prexudicial da acción principal do despedimento, o TSX non puido entrar a valorar dous feitos fundamentais pola construción defectuosa do recurso. En primeiro lugar, en canto á responsabilidade solidaria derivada da cesión ilegal, SUAVI limitouse a pedir expresamente a absolución en lugar dunha condena solidaria con SERVICARNE, polo que, a xuízo do TSX, a súplica non era adecuada ao contido da pretensión, quedando así limitado polo principio de petición rogada. En segundo lugar, en canto á nulidade do despedimento, SUAVI omitiu todo tipo de mención á normativa ou xurisprudencia vulnerada pola sentenza de instancia. Consecuentemente, a mera alegación de que as consecuencias da cesión ilegal serían a improcedencia do despedimento e non a nulidade non resultaron suficientes para que o tribunal entrase a resolver a devandita cuestión.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza do 15 de novembro de 2019 (núm. rec. 2459/2019)

De acordo coa convocatoria efectuada o 13 de marzo de 2017 pola Deputación Provincial de Pontevedra, a demandante presentou a súa solicitude para unha bolsa de prácticas laborais no concello de Pontevedra. Tras a súa resolución, a demandante foi destinada á biblioteca do Concello de Gondomar durante un período inicial de 6 meses, que se prorrogou posteriormente ata alcanzar o ano. Durante o ano que durou a dita relación xurídica, a demandante realizou tarefas de atención ao público, préstamos, devolucións, orientación dos usuarios, tramitación de altas e baixas dos socios, xestión de doazóns, ordenación interna... Ademais, para o desenvolvemento destas funcións, non constaba nos feitos probados que fose tutelada ou formada pola concelleira que supostamente debía supervisala. Con atención a estes feitos, a suposta bolseira presentou demanda por despedimento tras a finalización da súa bolsa, entendendo que a súa contratación foi fraudulenta e que, consecuentemente, uníalle co concello e a deputación unha relación de carácter laboral. Esta sentenza foi recorrida polo concello alegando excepción de incompetencia xurisdiccional e sostendo que as prácticas debían considerarse non laborais.

Para a resolución desta cuestión, o Tribunal Superior de Xustiza trouxo a colación a súa sentenza do 31 de marzo de 2016 que, á súa vez, recollía a doutrina do Tribunal Supremo (STS do 13 de xuño de 1988). O Tribunal Superior de Xustiza puxo especial énfase en determinar cal era o trazo diferencial das bolsas e a relación laboral, entendendo que as bolsas non debían estar destinadas a incorporar os resultados ou froitos do estudo ou traballo do bolseiro. As bolsas estaban destinadas a posibilitar o estudo e a formación cuxos froitos non podían incorporarse á ordenación produtiva da entidade outorgante. Chegouse a afirmar así polo tribunal que a bolsa se configuraba como «unha doazón modal (artigo 619 do Código civil) en virtude da cal o bolseiro recibe un estipendio comprometéndose á realización dalgún tipo de traballo ou estudo que redunda

na súa formación e no seu propio beneficio». A finalidade da bolsa para a entidade outorgante debía ser a axuda prestada na formación do beneficiario, non o beneficio da súa actividade. Esta finalidade formativa determinaba, á súa vez, que as actividades ou tarefas que se lle encomendasen ao beneficiario fosen coherentes coas súas funcións.

Aplicada esta doutrina ao suposto de autos, o tribunal entendeu que o Concello se beneficiou dos froitos do traballo persoal da demandante, que prestou tarefas «habituais e permanentes no servizo da biblioteca». A falta dunha actividade formativa concreta e as tarefas realizadas pola demandante, propias dun posto de traballo, consagráronse para o tribunal como unha clara manifestación da alleidade e a dependencia, caracteres inherentes a unha relación de traballo. Consecuentemente, o tribunal recoñeceu á demandante a categoría de auxiliar bibliotecaria, a pesar de que non existise a dita categoría na relación de postos de traballo do concello cando viña prestando os seus servizos.

5. A NATUREZA DA DISPOÑIBILIDADE TELEFÓNICA E A SÚA RETRIBUCIÓN. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DO 30 DE DECEMBRO DE 2019 (NÚM. REC. 1612/2019)

A cualificación do tempo de garda ou de dispoñibilidade, desde a perspectiva do tempo de traballo, non foi abordada unicamente pola xurisprudencia nacional. No desenvolvemento da doutrina, tivo un gran peso a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, especialmente co recente caso *Matzak* (Sentenza do 21 de febreiro de 2018, asunto C-518/15). As gardas localizadas presentes en determinadas profesións poden, en ocasións, atoparse nun limbo para a súa cualificación como tempo de traballo en función da dispoñibilidade á que se atope suxeito o traballador e a administración persoal do seu tempo. A dispar casuística esixe, para dar unha resposta, atender as circunstancias concorrentes en cada un dos supostos.

Esta cualificación das horas de dispoñibilidade tamén ten especial incidencia na súa correspondente retribución. A esta cuestión en concreto é á que tivo que dar resposta o

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na sentenza do 30 de decembro de 2019, examinando as particularidades da xornada dos traballadores encargados da prevención e loita contra os incendios forestais e outras circunstancias vinculadas ao seu posto de traballo como o pago das axudas de custo ante os sucesivos desprazamentos.

O traballador prestou servizos para a Empresa Pública de Servizos Agrarios Galegos (SEAGA) desde febreiro a xullo de 2016 e, tras unha interrupción breve, desde xullo a novembro dese mesmo ano. No contrato de traballo subscrito entre ambas as partes figuraba como centro de traballo, no seu encabezamento, un situado no municipio de Lugo, aínda que a cláusula primeira do contrato sinalaba dunha forma máis xenérica como centro de traballo a provincia de Lugo na súa totalidade. A natureza do posto de traballo era en si mesma itinerante, de tal modo que o traballador se desprazaba a diferentes lugares fóra do municipio para prestar os seus servizos e, ademais, tamén acudía a cursos de formación noutras provincias. Desde febreiro a outubro, o traballador pagou pola súa conta a cantidade de 743,50 euros en concepto de axudas de custo. O contrato de traballo prevía unha xornada semanal de 40 horas pero, debido á singularidade da prestación de servizos, os traballadores realizaban determinadas gardas ao mes de 24 horas nas que 8 horas eran de xornada ordinaria e 16 de dispoñibilidade telefónica. Estas horas de dispoñibilidade telefónica, en termos de retribución, equivalían a 0,375 horas de traballo "efectivo".

O traballador presentou demanda contra a empresa solicitando o pago das axudas de custo que lle correspondían ante os seus continuos desprazamentos na provincia e, ademais, as horas extraordinarias que ao seu xuízo realizara, entendendo as horas de dispoñibilidade telefónica como tempo de traballo efectivo. Ambas as peticións foron estimadas en primeira instancia, de modo que a empresa acudiu ao Tribunal Superior de Xustiza en suplicación.

Comezando pola determinación do centro de traballo e as correspondentes axudas de custo, a xulgadora de primeira instancia considerara que o centro de traballo do

demandante se atopaba na provincia de Lugo e, dentro desta, concretamente no municipio de Lugo. Tendo en conta esta limitación ao municipio, o tribunal considerou que se o traballador estaba obrigado a desprazarse a outro lugar para prestar os seus servizos, debía ser a empresa a que correse cos gastos que ocasionaba comer fóra durante eses desprazamentos (art. 26.2 ET). O traballador presentou no proceso as facturas xeradas polas comidas desde febreiro a novembro e solicitou á empresa exactamente o devandito importe. O tribunal valorou ademais que as cantidades solicitadas polo traballador non eran excesivas e correspondían á cantidade propia dun menú do día, obrigando á empresa consecuentemente a pagalas cos correspondentes intereses.

En canto á segunda cuestión, relativa ás horas de dispoñibilidade telefónica, a empresa rexeitou a consideración destas como horas extraordinarias na medida en que non configuraban tempo de traballo ao poder o traballador organizarse libremente. A empresa alegaba, ademais, que o traballador xa estaba a ser retribuído cun complemento de singularidade que incluía a especial responsabilidade, dificultades, perigo, xornadas extraordinarias ou prolongación da xornada. Esta retribución, xunto co traballo nocturno e en festivos, excluía e impedía a xuízo da empresa a percepción da retribución de horas extraordinarias.

Para examinar o argumento da empresa, o tribunal dividiu a súa argumentación en dous apartados. En primeiro lugar, en canto á retribución mediante complementos, o tribunal non considerou admisible a dita argumentación en virtude do artigo 35.1 ET. Este precepto esixe un pacto individual sobre a retribución das horas extraordinarias e, a través da percepción do devandito complemento, o traballador non podía coñecer que parte dese complemento de singularidade dedicábase á retribución das horas extraordinarias.

En segundo lugar, en canto á realización das horas extraordinarias, o tribunal entendeu que o traballador non probara de forma fidedigna a súa realización, apoiándose no artigo 217 da Lei de axuízamento civil. A xulgadora de

instancia incluíra de forma errónea as horas de dispoñibilidade telefónica como horas extraordinarias. En opinión do tribunal, a sentenza de instancia debería distinguir as horas traballadas durante o período reclamado, as horas de xornada ordinaria e os excesos se os houbese, e as horas de dispoñibilidade telefónica. Segundo o tribunal, o demandante caeu nunha confusión ao entender as horas de dispoñibilidade telefónica como horas extraordinarias. As horas de dispoñibilidade telefónica non podían considerarse como tempo de traballo efectivo na medida en que o traballador tampouco probara que dese total executase de forma efectiva as súas tarefas no centro de traballo. Que estas horas de dispoñibilidade telefónica non fosen consideradas tempo de traballo lexitimaba consecuentemente que se outorgase unha retribución inferior á que lle correspondería a unha hora de traballo efectivo. Consecuentemente, o tribunal estimou parcialmente o recurso da empresa, advertindo que, a pesar de que as horas extraordinarias non foran probadas no proceso en concreto, no caso de que existise deberían pagarse de forma específica e non a través dun complemento de singularidade.

6. CONCILIACIÓN DA VIDA PERSOAL, FAMILIAR E LABORAL: A ADAPTACIÓN DE XORNADA E AS CONSECUENCIAS DA SÚA DENEGACIÓN

A conciliación da vida familiar e a vida profesional continúa tendo unha importante presenza no conxunto das resolucións xudiciais. Máis aló dos avances normativos que se deron respecto diso, a aplicación práctica constitúe en numerosas ocasións un reto para os proxenitores e, moi en especial, para as traballadoras. A materialización da política de igualdade atópase en ocasións cunha desatención notable por parte dos empregadores que, ou ben omiten calquera tipo de actuación respecto diso, ou ben dificultan a aplicación das medidas de conciliación en atención a razóns organizativas ou produtivas.

A defensa dun ben xurídico protexido como é a familia e/ou os menores esixe unha análise casuística das circunstancias concurrentes. Desta forma, aínda que é certo que o óptimo

sería que as partes chegasen a un equilibrio de intereses, dificilmente pode isto conseguirse cando a parte empresarial non xustifica suficientemente o seu rexeitamento ou non propón alternativas. Por iso, ao longo deste apartado en concreto, irase examinando como o Tribunal Superior de Xustiza constrúe unha doutrina sólida na materia a partir de tres casos diferentes.

Como se mencionaba anteriormente, a posición máis reprochable da empresa ante as solicitudes dos traballadores de adaptación ou redución de xornada por motivos de conciliación pode oscilar entre unha negativa tallante, unha negativa minimamente xustificada ou o simple silencio. Ante situacións familiares especialmente delicadas, a demora na resposta da empresa pode traer consigo numerosas complicacións para o traballador e mesmo a desaparición da causa que xustificou a solicitude. Verase así como o Tribunal de Xustiza obriga á empresa a indemnizar a un traballador que, solicitando medidas de conciliación para o coidado da súa nai enferma, sofre a súa morte sen recibir unha resposta da entidade empregadora.

Aínda que neste caso anterior desapareceu a causa que xustificou a solicitude da medida de conciliación, cabe a posibilidade de que esta se manteña ou sufra modificacións relativas debido ás cambiantes necesidades familiares. Nestas circunstancias verase como o Tribunal de Xustiza declara que o dereito a solicitar a adaptación da xornada non se esgota co seu simple exercicio. O novo exercicio do dereito por parte dunha persoa traballadora debe ir acompañado, por iso, dunha actitude dilixente por parte da empresa nun correspondente proceso de negociación e toma de acordo. A xuízo do tribunal, o deber de boa fe na negociación non é compatible cunha actitude silente da empresa, constituíndo incluso unha aceptación tácita do solicitado pola outra parte.

Por último, examínanse os requisitos que o Tribunal de Xustiza impón para lexitimar a negativa da empresa a unha adaptación de xornada ou unha concreción horaria dunha redución de xornada. Estando en xogo unha dimensión constitucional do dereito á igualdade e non discriminación, as medidas de conciliación e o seu rexeitamento esixen

unha xustificación suficiente e probada por parte da empresa que poña encima da mesa obstáculos reais para a súa efectividade.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de novembro de 2019 (núm. rec. 4352/2019)

Un traballador da empresa SECURITAS, tras unha serie de complicacións graves no estado de saúde da súa nai, coa que convivía, solicitou como medida de conciliación a supresión das quendas que viña realizando polas noites, sen redución de xornada. Esta primeira petición realizouse o 28 de xullo e, tras non recibir ningunha resposta por parte da empresa, foi reiterada en setembro, achegando documentos xustificativos que presuntamente necesitaba a empresa. Despois desta segunda petición, a empresa contestou o 19 de outubro que o seu caso estaba a analizarse aínda que, desgraciadamente, a nai do traballador faleceu en decembro, antes de que a empresa concedese a medida solicitada. Este traballador, ademais, era delegado polo sindicato Alternativa Sindical e presentara múltiples denuncias contra a empresa ante a Inspección de Traballo e Seguridade Social.

Despois do falecemento da súa nai, o traballador interpuxo demanda solicitando o recoñecemento do dereito de conciliación que debería ter gozado e a súa compensación económica, poñendo de manifesto que a conduta adoptada pola empresa constituía unha represalia polo seu labor sindical. En primeira instancia o xulgador, aínda que recoñeceu que existía unha causa xustificativa da pretensión de conciliación do traballador, considerou que a demora no tempo por parte da empresa debíase unicamente á análise na toma de decisión e non á súa actuación sindical.

Desconforme coa resolución, o traballador interpuxo recurso de suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza. Para a valoración da conduta empresarial, o tribunal comezou dándolle unha prioridade absoluta ao dereito de liberdade sindical e a garantía de indemnidade. Dentro do artigo 28.1 da Constitución Española atopábase, segundo o tribunal, o dereito do traballador a non sufrir ningún menoscabo no

ámbito profesional ou económico como consecuencia da súa afiliación ou actividade sindical. A condición de delegado sindical do traballador constituía, desde un primeiro momento, un indicio da vulneración do dereito de liberdade sindical que debería ser desvirtuado pola empresa a través dunha verdadeira carga probatoria. Esa proba debía ir dirixida á acreditación por parte do empresario de causas obxectivas, razoables e proporcionais que motivasen a súa actuación, á marxe da condición do traballador.

Para o tribunal, no caso concreto, a solicitude do traballador da medida de conciliación atopábase máis que xustificada pola necesidade de coidado da súa nai. Os informes médicos que o traballador achegou á empresa na súa segunda petición poñían de manifesto o estado grave da nai do traballador polo que, en principio, a empresa debería actuar con carácter urxente. O tribunal non atopou ningunha explicación á demora da empresa máis que a falta de interese e a desidia e, ante a falta dunha actividade probatoria sólida, estimou a pretensión do traballador.

A segunda cuestión que tivo que dilucidar o tribunal era a indemnización ou compensación que lle correspondía ao traballador tras a negativa da empresa, a pesar de que desaparecese a causa da medida de conciliación coa morte da nai. O traballador, ante a actuación negligente da empresa, tivo que soportar dificultades organizativas no seu ámbito familiar. Con todo, o feito de que non puidese facerse cargo da súa nai no horario máis necesario e gravoso para o resto da familia tamén lle provocou un dano moral. O artigo 139 da Lei reguladora da xurisdición social permitía que á demanda do dereito á medida de conciliación se lle acumulase a acción de danos e prexuízos derivados da demora na efectividade da medida. Consecuentemente, con fundamento nos feitos probados e a normativa, o tribunal recoñeceu ao traballador a indemnización solicitada (6.251 euros) en concepto de dano moral.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 5 de decembro de 2019 (núm. rec. 5209/2019)

Unha traballadora, educadora dun centro de menores titularidade da Xunta de Galicia, contaba desde maio de

2018 cun horario adaptado ás súas necesidades de conciliación recoñecido a través de sentenza. O centro de menores organizábase fundamentalmente de luns a domingo en dúas quendas, de mañá (de 8 a 15.30 horas) e de tarde (de 15.30 a 23 horas), sendo esta última quenda no que obrigatoriamente debían coincidir dous educadores por esixir os menores unha maior demanda e vixilancia. Consecuentemente, tras o fallo xudicial, a traballadora prestaba os seus servizos en quenda de mañá con carácter xeral, aínda que podían asignárselle rotacións de fin de semana en calquera quenda e unha semana ao mes na quenda de tarde. Esta última asignación da quenda de tarde realizouse, segundo dispuxo a sentenza, para «facilitar a organización do traballo e a interrelación persoal e tutela da educadora cos menores ao seu cargo, (...) no entendemento de que o outro proxenitor pode e debe colaborar ás necesidades de conciliación».

Pasado un mes, en xuño de 2018 a traballadora solicitou unha nova adaptación da xornada á Xunta por entender que esa quenda de tarde asignada facía imposible a cobertura das súas necesidades de conciliación. Os seus dous fillos tiñan un horario escolar de 9 a 14 horas e de 9 a 16 horas, respectivamente, mentres que o outro proxenitor tiña un horario de traballo de 9 a 14 horas e de 16 a 19 horas. Por iso, a semana na que a traballadora estivese adscrita á quenda de tarde non había ninguén dispoñible para recoller aos fillos do colexio e atendelos durante determinadas horas. A traballadora, nesa mesma solicitude, outorgoulle á Xunta un horario alternativo en función dos períodos escolares e non escolares. Durante o período escolar, solicitou que lle fose asignado a quenda de mañá, ofrecéndose con todo a realizar as quendas de tarde en fins de semana, festivos e vacacións escolares (xullo, agosto, Semana Santa, Nadal etc.).

Esta solicitude non foi atendida pola entidade empregadora, que non outorgou ningún tipo de resposta, polo que a traballadora reiterouna un ano despois (xuño de 2019). Nesta nova solicitude a traballadora incluíu expresamente que, ante a omisión da Xunta, durante o ano anterior tivo que acudir a familiares para o coidado dos seus fillos e a

cambios de quenda por parte do outro proxenitor, sendo xa unha situación non sustentable para ambos. Así as cousas, a Xunta volveu desatender a solicitude da traballadora, que interpuxo a demanda correspondente. A sentenza de instancia recoñeceu á traballadora un horario de 8 a 15.30 horas de luns a venres durante o período lectivo, exceptuando así os fins de semana e os festivos, nos que lle podería ser asignado a quenda de tarde conforme as rotacións ordinarias do persoal.

Desconforme co sentido do fallo, a Xunta interpuxo recurso de suplicación alegando, en esencia, a vulneración do artigo 34.8 do Estatuto dos traballadores. A xuízo da empregadora, ese precepto unicamente outorgaba á traballadora o dereito a solicitar a correspondente adaptación de xornada, pero non o dereito a que a adaptación que solicite sexa outorgada. A falta de acordo entre as partes, a Xunta consideraba que o xulgador de instancia debía valorar as circunstancias concorrentes e non outorgar a quenda de mañá en exclusiva, porque o servizo público en concreto precisaba un reforzo importante na quenda de tarde.

O artigo 34.8 do Estatuto dos traballadores sufriu unha recente modificación no seu teor literal a través da Real decreto-lei 6/2019, do 1 de marzo, recoñecendo o que se veu denominando a «xornada á carta». O dereito á adaptación de xornada por motivos de conciliación reformulouse establecendo ademais un procedemento específico para o seu exercicio. En consecuencia, se a negociación colectiva non prevía ningún termo para o exercicio do dereito, a solicitude da persoa traballadora debía ir seguida dun proceso de negociación coa empresa, que pode comunicar a aceptación da solicitude, expor unha alternativa ou manifestar a súa negativa con razóns obxectivas que a xustifiquen. O Tribunal Superior de Xustiza, para a resolución do caso, incide especialmente neste proceso de negociación, tendo en conta que o artigo 34.8 desenvolvía plenos efectos no momento no que a traballadora presentou a segunda solicitude. A xuízo do tribunal, ese proceso de negociación debía estar rexido polo

principio de boa fe en virtude do cal se impoñerían tres principais obrigas ás partes.

En primeiro lugar, respecto da traballadora, esta debía motivar adecuadamente a súa solicitude de adaptación da xornada, dando as oportunas xustificacións. En segundo lugar, respecto da empresa, esta debía tomarse en serio a solicitude, motivando as razóns que determinaban neste caso a negativa. Por último, no propio proceso de negociación, debían realizarse propostas e contrapropostas para a satisfacción de ambos os intereses. Destas tres obrigas, o tribunal considerou que só se cumpriu a referida á traballadora. A empresa non contestara a ningunha das solicitudes ben fundamentadas da traballadora, polo que non motivara a súa negativa e nin sequera se chegou a unha fase de negociación. O artigo 34.8 do ET acomodábase, para o tribunal, dentro do dereito fundamental á conciliación da vida familiar e laboral, e atopábase protexido non só polos artigos 14 e 18 da Constitución, senón tamén polas normas comunitarias como o artigo 9 da Directiva 2019/1158, do 20 de xuño. Por esta razón, a obriga de negociar imposta pola norma non podía ser eludida co simple silencio da entidade empregadora. A actitude esquiva da Xunta constituía unha vulneración de dereitos fundamentais e poñía en dúbida a eficacia útil das normas comunitarias. Tendo en conta isto, o tribunal rexeitou os argumentos da empregadora relativos ás necesidades organizativas na quenda de tarde. Esa cuestión debía poñerse de manifesto nun proceso de negociación que non existiu e, por iso, non podía alegarse na vía procesual.

O artigo 34.8 do ET, para a solución de diverxencias como a presente, remítese ao artigo 139.1 a) da Lei reguladora da xurisdición social. Con todo, este precepto só prevé, para activar os mecanismos procesuais, ou ben a negativa expresa da empresa ou ben a súa desconformidade. Non se atopa ningunha referencia na lexislación procesual ao silencio da empresa tras a solicitude dunha persoa traballadora. Nestes termos, considerou o tribunal que iso era así porque, se a empresa non contestaba expresamente ou non propoñía alternativa, entendíase que aceptara a proposta da persoa traballadora nos seus propios termos.

Esta aceptación tácita conduciu a que o tribunal estimase de forma íntegra a pretensión da traballadora, independentemente de que xa lle fose recoñecida a adaptación da xornada nunha anterior resolución xudicial. O dereito á solicitude de adaptación da xornada non se configuraba para o tribunal como un dereito que se esgota co seu simple exercicio, na medida en que as necesidades familiares posuían por si mesmas un carácter cambiante.

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 30 de decembro de 2019 (núm. rec. 4836/2019)

Unha xestora telefónica que viña prestando os seus servizos para a empresa ATENTO gozaba dunha redución legal de xornada por coidado de menor de 12 anos. Dunha xornada total de 39 horas semanais, a traballadora prestaba 34 horas semanais de luns a xoves de 17.00 a 24.00 h e venres de 17.00 a 23.00 h, sen fins de semana, nos que si traballaba na xornada orixinal. O marido da traballadora tamén prestaba servizos para a mesma empresa de luns a domingo de 9.00 a 16.00 horas. Esta xornada que viñan gozando ambos permitía atender ao fillo fóra do seu horario escolar, que era este último de 8.30 a 13.00 horas e de 15.30 a 17.00 horas.

A empresa na que traballaban ambos os proxenitores tiña subscritos diversos contratos con outras empresas, polo que gran parte dos servizos que prestaban dependían das necesidades dos clientes. Así sucedeu respecto da empresa TELEFÓNICA, xa que, tras a modificación do contrato mercantil entre ambas, foi modificado o horario comercial do servizo, pasando a prestarse de 9.00 a 22.00 horas. Iso motivou a adopción por ATENTO dunha modificación substancial das condicións de traballo colectiva, subscrita con acordo e que afectaba á traballadora. Así, á traballadora indicóuselle que a fixación da xornada reducida que viña gozando debería realizala dentro do novo horario do departamento, é dicir, entre as 9.00 e as 22.00 horas (lémbrese que o seu horario viña estendéndose ata as 23.00 e 24.00 horas). Consecuentemente, a traballadora pasou a realizar a súa xornada entre as 15.00 e as 22.00, sendo un horario que non lle permitía atender ao seu fillo

fóra do horario escolar. Con anterioridade comezaba a súa xornada ás 17.00 horas, de tal modo que podía facerse cargo na pausa do horario escolar ata que de novo comezase este ás 15.30 horas. Ante estes feitos, a traballadora solicitou á empresa unha nova determinación da xornada e, concretamente, o mantemento da xornada que viña realizando con anterioridade, a través da adscrición a outro servizo diferente. Con todo, atendendo a razóns organizativas e produtivas, a empresa rexeitou tal solicitude.

A demanda da traballadora solicitando tal concreción horaria foi desestimada en primeira instancia, polo que se interpuxo recurso de suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza. Nel a traballadora alegaba, fundamentalmente, unha vulneración do dereito fundamental á igualdade por unha actuación discriminatoria indirecta da empresa que lle negou o seu dereito a conciliar e que, por iso, prexudicou ao menor como ben xurídico protexido.

Para examinar este recurso, o tribunal retomou a xurisprudencia do Tribunal Constitucional que conectaba os artigos 14 e 39 da Constitución Española, gozando así a conciliación da vida familiar e laboral cunha dimensión constitucional (SSTC 3/2007 e 24/2011). Con todo, tendo en conta que cuestións como as presentes xa foran abordadas polo tribunal en sentenzas precedentes, tomou unha delas como principal referencia para a resolución do caso (STXG do 28 de maio de 2019). O tribunal partiu, en primeiro lugar, dunha interpretación dos artigos 34.8 e 37.6 e 7 do ET desde unha perspectiva constitucional e en conexión cos parámetros do artigo 4 da Lei Orgánica para a igualdade efectiva de mulleres e homes. A ampla maioría de mulleres traballadoras que solicitaban a redución de xornada por garda legal implicaba que debía facerse efectivo o dereito destas á non discriminación por razón de sexo, debendo examinar as circunstancias concorrentes en cada caso e non o mero teor literal da normativa.

Esta interpretación non discriminatoria e facilitadora da vida laboral e familiar era a que debe guiar a resolución. O artigo 37.7 do ET dispón que a concreción horaria e determinación da redución de xornada corresponde á persoa traballadora

dentro da súa xornada ordinaria, por ser este dereito de carácter persoalísimo, pero non contén ningunha matización ou precisión relativa á forma de concreción nin os criterios que deben prevalecer. Por iso, á hora de realizar esa operación de concreción, debían ponderarse polo xuíz as circunstancias concorrentes que fixesen compatibles os intereses de ambas as partes. Aínda que a redución de xornada e a súa concreción levasen consigo algún cambio nas quendas ou nos días nos que se prestaban os servizos, a xuízo do tribunal, unha denegación directa sen a ponderación das circunstancias vulneraría o dereito á non discriminación por razón de sexo. A negación da solicitude da persoa traballadora debía realizarse pola empresa fundamentándose en razóns organizativas non xenéricas, senón detalladas e precisas a través das cales se puidese observar a imposibilidade ou dificultade de aceptar a concreción horaria.

A aplicación da anterior doutrina ao caso levou a que o tribunal estime a petición da traballadora. O tribunal recoñeceu que á traballadora non lle foi negado en ningún momento o seu dereito á redución de xornada, senón a concreción horaria solicitada. Ante as peticións da traballadora, a empresa amparouse en dificultades organizativas e produtivas sen realizar máis precisións. Foi xa en sede xudicial onde a empresa alegou que a dita concreción horaria solicitada pola traballadora implicaría o seu cambio a un departamento diferente e a cobertura do posto que deixa vacante a través doutro empregado. A pesar diso, o tribunal non considerou que polo devandito motivo a concreción horaria resultase inviable, realizando un forte reproche á sentenza recorrida. O xulgador de primeira instancia considerou que o cambio de departamento debía ser absolutamente excepcional e xustificado, non probando a traballadora que o outro proxenitor non puidese facerse cargo do menor. A xuízo do tribunal, a denegación da concreción horaria da redución de xornada non podía facerse depender do outro proxenitor, porque se trataba dun dereito persoalísimo de cada persoa traballadora que, por iso, non estaba vinculado a que o outro proxenitor tivese ou non máis fácil a conciliación. A

iso debe sumárselle a falta de proba da empresa relativa á inexistencia de vacantes ou sobredimensionamento do persoal, que poderían supoñer algún problema organizativo real. A simple negativa baseada no cambio de departamento, sen ser este notablemente gravoso, non cumpría coas esixencias necesarias para facer efectivo os dereitos fundamentais da traballadora.

Este criterio permitiu que o tribunal examine, a continuación, a indemnización solicitada pola traballadora polos danos e prexuízos causados. A empresa, nas súas alegacións, indicou que a indemnización por danos e prexuízos non debía ser recoñecida na medida en que esta requiría a acreditación da existencia dun prexuízo que, ao seu xuízo, non se realizou. Fronte a esta argumentación, o tribunal optou por un criterio "aperturista" á luz do artigo 179.3 da LRXS. Nel dispónse que, nos supostos de danos morais unidos á vulneración dun dereito fundamental, a identificación das circunstancias relevantes para a determinación da indemnización queda exceptuada. Os sufrimentos ou menoscabos experimentados non tiñan, a xuízo do tribunal, unha tradución económica directa, primando así unha marxe de discrecionalidade na súa valoración (STS do 24 de xaneiro de 2017). Consecuentemente e con fundamento nos artigos 8.12 e 40.1 c) da Lei de infraccións e sancións da orde social, recoñeceu o tribunal a indemnización solicitada pola traballadora.