

## DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Grao en Dereito  
Universidade de Santiago de Compostela  
[lidiagiloter@gmail.com](mailto:lidiagiloter@gmail.com)

**Palabras chave:** despedimento, extinción, sucesión de empresas, reversión, temporalidade, cesión ilegal, dereitos fundamentais, acoso discriminatorio, medidas de conciliación.

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

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

### 1. DESPEDIMENTO E EXTINCIÓN CONTRACTUAL

Tal e como vén sendo a tónica habitual, neste primeiro semestre de 2018 os procesos relativos a despedimento e extinción da relación laboral representaron a maior porcentaxe do total dos tramitados pola Sala do social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia chegando, nalgunhas ocasións, a ser reexaminados polo Tribunal Supremo.

Comezando por unha categoría tan ampla como esta, son innumerables as cuestións transversais que poden xurdir a partir dese fío condutor. En consecuencia, dentro desta temática abordarase un breve exame destas.

O primeiro que se examinará será a existencia ou inexistencia dunha posible relación laboral entre as partes para, ao seu amparo, proceder a apreciar a existencia ou inexistencia do despedimento e a súa posible cualificación.

En segundo lugar, dada a frecuencia coa que se expuxo a cuestión, examinárase a extinción dentro das sucesións de empresas e reversións dos servizos públicos.

No seo dos procedementos de despedimento e extinción debateuse acerca da contratación temporal fraudulenta, de tal modo que esa cuestión require unha mención especial en terceiro lugar. Tamén, neste sentido, foron destacables os xiros que obrigatoriamente tivo que dar o Tribunal Superior de Xustiza nun tempo relativamente breve en materia de indemnización por extinción dos contratos de interinidade a partir do cambio dado polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, pasando de *De Diego Porras* a *Montero Mateos*.

Dentro das extincións de contratos temporais no seo de contratas e subcontratas, puxéronse de manifesto importantes cuestións como a cesión ilegal de traballadores, o cal require unha mención obrigatoria.

Por outra banda, os despedimentos nulos, ao supoñer de seu unha finalidade discriminatoria ou unha vulneración de dereitos fundamentais, sempre traen a colación importantes reflexións acerca da protección dos dereitos constitucionalmente protexidos. Por iso, en quinto lugar, farase unha mención específica ao despedimento de traballadores discapacitados, concretamente vendo como determinadas enfermidades poden ser asimiladas á discapacidade dentro da tutela antidiscriminatoria.

Tendo en conta todo o que está en xogo nun proceso de despedimento ou extinción da relación laboral, farase unha mención específica á proba no proceso xudicial da causa de despedimento, concretamente analizando os límites entre os dereitos fundamentais dos traballadores tales como a intimidade ou a propia imaxe, e as facultades de control empresarial, traendo a colación unha sentenza do Tribunal Supremo que resolve un recurso interposto contra unha sentenza do Tribunal Superior de Xustiza na que, de forma nova, tense a oportunidade de aplicar a recente doutrina do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos do caso *Barbulescu*. Por cuestións de especial sensibilidade, este apartado pecharase cunha breve referencia aos supostos de

resolución de contrato en escenarios de acoso laboral e, especialmente, de acoso sexual, obrigatoriamente discriminatorio das traballadoras e como este pode estenderse por asociación.

### **1.1. Despedimento improcedente e existencia de relación laboral**

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 8 de xuño de 2018 (nº rec. 908/2018)

A Sala do social desestimou nesta sentenza o recurso de suplicación interposto contra a Sentenza do Xulgado do Social nº 2 de Pontevedra do 18 de xaneiro de 2018, confirmando en consecuencia a existencia do vínculo laboral e a improcedencia do despedimento.

O debate central radicaba na delimitación entre a relación asociativa e a relación contractual que pode manterse entre un sindicato e un cargo sindical. No suposto concreto o Sindicato Nacional Comisións Obreiras de Galicia, en marzo de 2017, comunicou ao cargo sindical o seu cesamento na Comisión Executiva da Unión Comarcal de Pontevedra entendendo que, en virtude dos Estatutos do Sindicato, a natureza do vínculo que unía a ambos era asociativa e non laboral, estando as funcións do mesmo circunscritas unicamente á actividade sindical. O cargo sindical interpuxo demanda de despedimento contra o Sindicato entendendo que a relación existente entre as partes era de natureza laboral e o cesamento supoñía un despedimento improcedente.

Esta demanda foi estimada na súa integridade pola sentenza de instancia, sentenza contra a cal recorre o Sindicato Nacional de Comisións Obreiras de Galicia reclamando, como é evidente, a pretensión contraria e a declaración do vínculo asociativo.

O Tribunal, á hora de examinar a concorrencia ou non dos requisitos esixidos polo artigo 1.1 do Estatuto dos traballadores, con base na xurisprudencia tradicional, toma como máxima a atención á realidade das prestacións desempeñadas e non ao contido formal do contrato (art. 8.1

ET). O fundamental radica en valorar as funcións desempeñadas polo cargo sindical e examinar se estas son típicas da representación sindical, se son propias dun traballador común ou ordinario en réxime de alleidade e retribución ou se, en todo caso, estas desenvólvense de maneira simultánea. Traendo a colación outros pronunciamentos da Sala, o Tribunal entende que "os Tribunais distinguen claramente (...) entre os sindicalistas e os asalariados, e aínda que non falten supostos límite (...) é clara a diferenciación, sendo así que por "sindicalista" terá que entenderse aquela persoa elixida para desempeñar funcións de representación sindical e no marco dunha relación asociativa (medie ou non compensación económica), en tanto que por traballador terá que considerarse a quen presta servizos en réxime de alleidade e retribución (...)".

En virtude dos feitos probados e as probas achegadas ao proceso, o Tribunal descarta a existencia dunha relación asociativa en base a tres principais argumentos:

1) O demandante ostentou o cargo de Secretario de Organización da Unión Comarcal e formou parte da comisión executiva, pero xunto con estes cargos tamén desenvolvía funcións propias de traballo administrativo e non de relación asociativa como asesoramento aos afiliados, asistencia a expedientes e comités de empresa, elaboración de denuncias ante a Inspección de Traballo e Seguridade Social etc.

2) O demandante foi dado de alta no réxime xeral da Seguridade Social, circunstancia indiciaria da existencia da relación laboral. Aínda que o Sindicato afirmaba que, con base no artigo 136.2 p) da actual Lei xeral da Seguridade Social, ese encadramento non supoñía a condición de traballador común por encadrarse tamén no mesmo réxime aos cargos representativos das organizacións sindicais que exerzan funcións sindicais de dirección con dedicación exclusiva ou parcial, esta previsión non se contemplaba na regulación vixente no ano 1989, ano no que se contrata ao demandante.

3) As funcións desempeñadas polo demandante non só eran as propias dun traballo administrativo que, á súa vez, eran idénticamente desempeñadas por outros traballadores cun vínculo laboral co Sindicato, senón que ademais as desempeñaba nun lugar concreto e se atopaba sometido a un horario determinado, circunstancias reveladoras da dependencia e subordinación ao poder de dirección e control do empresario.

En consecuencia, e non sendo suficientes para desvirtuar a presunción de laboralidade as alegacións formuladas polo Sindicato, a Sala entende acreditada a concorrencia das notas de dependencia e alleidade, cualificando a relación como laboral e o despedimento como improcedente.

### **1.2. Extinción de contrato e reversión do servizo á Administración pública**

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 21 de febreiro de 2018 (nº rec. 5195/2017) Unha vez que se pronunciou o Xulgado do Social nº 3 de Vigo na súa sentenza do 15 de decembro de 2016 (nº 602/2016) entendendo que a extinción da relación de dous traballadores coa empresa CLECE, SA - motivada, á súa vez, pola extinción do contrato que a empresa subscribira co Ministerio de Defensa - debía cualificarse como despedimento improcedente, a empresa interpón recurso de suplicación contra a resolución, recurso desestimado integramente polo Tribunal Superior de Xustiza.

A empresa CLECE, SA, contratara dous traballadores como calefactor e fontaneiro, respectivamente, a través de senllos contratos indefinidos. Ambos prestaban os seus servizos na Base Militar Xeneral Morillo, situada en Vilaboa, e encargábanse do mantemento e conservación dos centros de transformación, instalacións térmicas de calefacción, aire acondicionado, fontanería etc., ao ter a empresa concerto co Ministerio de Defensa. Con todo, o 10/12/2015 a empresa entregoulles comunicación indicando que o 31/12/2015 finalizaría a relación laboral debido á finalización do contrato suscrito pola empresa e o

Ministerio, aínda que se lles indicaba que os traballadores serían subrogados pola nova empresa que resultase adxudicataria do servizo. Con todo, unha vez que os traballadores, pasado o período festivo, acudiron ao seu centro de traballo habitual, foilles denegada a entrada á Base por finalizar o contrato coa empresa.

En consecuencia, os traballadores demandaron a CLECE, SA, por despedimento improcedente, sendo a demanda estimada parcialmente en instancia; sentenza de instancia recorrida pola empresa. Ao suspender o Ministerio de Defensa o proceso de contratación do servizo de mantemento e ser este prestado pola Base co seu propio persoal militar e laboral, aínda que puntualmente accedía a empresas externas para as actividades que non eran alcanzables cos seus propios medios, CLECE, SA, entendía que o Ministerio de Defensa se subrogaba na súa posición ao asumir o servizo con persoal propio e que, en consecuencia, en virtude do artigo 44 do Estatuto dos traballadores, o Ministerio de Defensa quedaba subrogado tamén nos dereitos e obrigacións laborais respecto dos dous traballadores de CLECE, SA.

O debate céntrase, por tanto, en delimitar ata que punto se poden incluír dentro do artigo 44 do Estatuto dos traballadores os supostos de recuperación por parte dunha Administración pública do control de contrata, é dicir, a reversión do servizo. Tendo en conta que o artigo 44 ET supón a transposición no ordenamento xurídico español da actual Directiva 2001/23/CE, do 12 de marzo de 2001 (antiga Directiva 77/187 do Consello, do 14 de febreiro de 1977), o Tribunal non toma unicamente como referencia para fundamentar o seu fallo xurisprudencia de tribunais nacionais, senón tamén propia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

O Tribunal considera que, para que se produza o suposto de feito contemplado no artigo 44 ET, deben concorrer dous requisitos ou elementos: a) que exista tracto ou transmisión dun titular a outro do negocio ou centro de traballo autónomo, tratándose dun elemento subxectivo; e b) que a

transmisión consista “na entrega efectiva do total conxunto operante dos elementos esenciais da empresa que permita a continuidade da actividade empresarial”, podendo transmitirse “a empresa no seu conxunto, algún dos seus centros de traballo ou, mesmo, unha das súas unidades produtivas con capacidade para funcionar autonomamente”, tratándose así dun elemento obxectivo. Non obstante, a necesidade de empregar os criterios variará en función das circunstancias do caso, sen que se poidan apreciar illadamente, precisando unha avaliación de conxunto (STXUE do 19 de outubro de 2017, *Resendes e outros*, asunto C-200/16) cando se trata dunha empresa de servizos como é a que estamos a tratar, onde a necesidade deste elemento obxectivo en canto transmisión de elementos patrimoniais sofre algún tipo de modificación na medida en que o fundamental é que se transmitiu unha entidade económica organizada de forma estable, é dicir, “que se produciu a transmisión dun conxunto organizado de persoas e elementos que permite o exercicio dunha actividade económica que persegue un obxecto propio” dependendo do feito de que o novo empresario se faga cargo ou non dunha parte importante cualitativa ou cuantitativamente dos traballadores que exercen de forma duradeira a actividade neste tipo de sectores pode constituír unha unidade económica (SSTXUE do 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, asunto 24/85; do 24 de xaneiro de 2002, *Temco*, asunto C-21/00; do 2 de decembro de 1999, *Allen e outros*, asunto C-234/98; do 26 de novembro de 2015, *Aira Pascual e Algeposa Terminales Ferroviarios*, asunto C-509/14).

Neste suposto, con todo, non só concorre a circunstancia especial de estar ante unha empresa de servizos, senón tamén o feito de tratarse de contrata administrativa. Aínda que é sabido que o artigo 44 ET non resulta de aplicación nos supostos de transmisión de contratas ou concesións salvo que, entre outras circunstancias, se producise un traspaso de activos patrimoniais, como podía ser unha parte do persoal en base aos criterios anteriormente enunciados, á vista dos feitos o que se produciu é a reasunción do

servizo á Administración pública, ao Ministerio de Defensa, tras a finalización da contrata. A aplicación do artigo 44 ET podería defenderse en supostos de reversión cando a entidade pública acorda seguir prestando directamente e sen solución de continuidade o servizo coa mesma infraestrutura e persoal da empresa concesionaria, non cando, como é o caso a tratar, o servizo se presta co persoal da propia Base militar ou, puntualmente, mediante a contratación externa. Non se transmitiu neste suposto ningún medio material nin recursos humanos precisos para a realización da actividade, de tal modo que se descarta a aplicación do artigo 44 ET e a correspondente continuidade da relación laboral.

### **1.3. Extinción dos contratos de interinidade: causa, concatenación fraudulenta e, en especial, indemnización**

O Acordo Marco sobre traballo de duración determinada (Anexo da Directiva 1999/70/CE do Consello, do 28 de xuño de 1999) está a constituír hoxe en día unha cuestión clave no ordenamento xurídico español con base nos vaivéns xurisprudenciais que o mesmo provocou. Ben é sabido que este Acordo Marco delimita ao traballador temporal ou con contrato de duración determinada como un traballador cun contrato de traballo ou unha relación laboral concertados directamente entre un empresario e un traballador, no que o final do contrato ou da relación laboral vén determinado por condicións obxectivas tales como unha data concreta, a realización dunha obra ou servizo determinado ou a produción dun feito ou acontecemento determinado (cláusula 3.1). O principal obxectivo do Acordo Marco é a loita contra os abusos derivados da contratación temporal baixo a óptica do principio de non discriminación, principio que determina a interdicción dun trato menos favorable nas condicións dun traballador temporal respecto a un traballador fixo comparable (cláusula 3.2).

A ninguén a estas alturas, pola repercusión que transcendeu desas sentenzas, lle estrañará que a nosa normativa base



en materia laboral non prevexa unha indemnización por finalización do contrato de interinidade [art. 49.1 c) ET] mentres que, para a extinción do contrato por causas obxectivas, si se prevé a posta a disposición do traballador dunha indemnización de vinte días de salario por ano de servizo [art. 53.1 b) ET]. Se a indemnización por extinción se considera unha condición de traballo e, en consecuencia, a normativa dispón un trato desigual entre traballadores fixos e traballadores temporais, para que ese trato non sexa discriminatorio debe contar cunha causa xustificativa baseada en razóns obxectivas. Que se debe entender por razóns obxectivas e a súa aplicación no caso concreto é precisamente o que deu lugar aos devires xurisprudenciais, de tal modo que, aínda que se negaron esas razóns en *De Diego Porras*, se afirmaron en *Montero Mateos*, tendo o TXUE que volver sobre as súas palabras. Isto, en consecuencia, implicou de cheo aos nosos Tribunais nacionais os que, nun período de apenas 3 meses como se produciu en Galicia, tiveron que dar respostas totalmente diferentes a aquilo que declararan con anterioridade.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 6 de marzo de 2018 (nº rec. 5190/2017)

A Sala do social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia estimou parcialmente o recurso de suplicación interposto contra a Sentenza do Xulgado do Social nº 3 de Vigo do 18 de setembro de 2017, confirmando a inexistencia de fraude na contratación temporal e recoñecendo o dereito á indemnización do recorrente.

Nesta sentenza abórdanse fundamentalmente dous problemas: a fraude na contratación temporal e a súa sucesión no tempo e o dereito a indemnización por finalización do contrato por interinidade. O demandante prestara servizos para a Universidade de Vigo en virtude de diversos contratos. En primeiro lugar, foi contratado como profesor asociado a tempo completo dende 1997 ata 2005 tras diversas prórrogas. Dende 2005 ata 2007 foi contratado, de novo, como profesor asociado a tempo completo, contrato que tamén se sucedeu tras diversas

prórrogas dende 2007 a 2009. Dende o 2009 ata o 2010 foi contratado como profesor interino, contrato que tamén se sucedeu dende o 2010 ata o 2011. Finalmente, no ano 2011, foi contratado baixo unha modalidade laboral de axudante doutor, contrato que tiña prevista a súa finalización no 2012 pero que foi prorrogado cunha periodicidade anual ata 2016. Así, o 21 de decembro de 2016 o traballador causou baixa, extingúndose a relación contractual que o vinculaba coa Universidade de Vigo.

Ante este feito, o traballador interpuxo demanda por despedimento, alegando diferentes motivos de censura xurídica. En primeiro lugar, denunciaba a infracción do artigo 15.5 do Estatuto dos traballadores alegando que, dende o primeiro contrato datado en 1997 ata o último deles no 2016 superáronse os 30 meses continuados que prevía o artigo. Para examinar esta cuestión, o tribunal diferencia entre os dous tipos de contrato que se sucederon na persoa do actor, contratos administrativos e contratos laborais. Respecto dos contratos administrativos, enténdese que a contratación administrativa inicialmente subscrita respectou os límites legais na medida en que a Lei orgánica 4/2007 dispón na súa disposición transitoria cuarta que aqueles profesores que contasen cun contrato administrativo LRU, como era o actor, poderían permanecer nesa situación ata que se extinguiuse o seu contrato e a súa eventual renovación baseándose na lexislación que lles era aplicable, aínda que esa situación non podía prorrogarse máis de 5 anos despois da entrada en vigor da Lei. A Universidade podía prorrogar o contrato do actor ata o 2012, tendo en conta a entrada en vigor no ano 2007, pero optou por non facelo. Ademais, o actor non impugnara en ningún momento a contratación a pesar de que permaneceu nela dende 1997 ata 2009.

Respecto da contratación laboral, unha vez que se extinguiu o contrato administrativo subscrito, a Universidade contratou ao actor baixo a modalidade de contrato de interinidade por vacante alegando a necesidade de cubrir temporalmente necesidades de docencia vacantes na área

de coñecemento e departamento. Con todo, o actor entendía que estaba a cubrir coa súa interinidade unha vacante que el mesmo deixara, sen acreditarse o proceso selectivo, concluíndo así a realización do contrato en fraude de lei sen causa acreditada e a súa obrigatoria transformación en contrato indefinido en virtude do artigo 15 apartados 1 c) e 3 do Estatuto dos traballadores. Con todo, o Tribunal entende que a Universidade de Vigo, con base nos feitos probados, procedeu á apertura de senllos procesos selectivos públicos nos que participaron outros aspirantes, aínda que foi contratado o actor por contar coa maior puntuación, de tal modo que se consideraba un contrato perfectamente lícito na medida en que, segundo xurisprudencia do Tribunal Supremo, non supón un obstáculo á súa licitude o feito de que o traballador xa desempeñase previamente a mesma actividade mediante outra modalidade contractual (SSTS do 31 de xullo e 28 de novembro de 1995) nin que non se incluíse a praza vacante na oferta pública de emprego e non se iniciase o proceso de selección (SSTS do 21 de marzo, 19 de setembro e 22 de outubro de 1997). Ademais, tendo en conta o período de contratación dende outubro do 2009 ata setembro de 2010 e dende outubro do 2010 ata xullo de 2011, non se supera o prazo previsto no artigo 15.5 ET.

Como segundo motivo de censura xurídica, partindo de que o actor subscribiu un contrato laboral de profesor axudante doutor de 2011 a 2012, prorrogado anualmente ata 2016, o Tribunal entende que a contratación carece de vicios. Aínda que na actualidade a Lei orgánica 6/2001, de universidades no seu artigo 50 dispón que non poderán ser contratados como axudantes doutores aqueles que durante polo menos dous anos non tivesen relación contractual, estatutaria ou como bolseiro na Universidade de que se trate, na redacción vixente ao momento da contratación o artigo non o prevía, xa que foi modificado pola Lei orgánica 4/2007. Nesa redacción orixinaria dispoñíase que a duración do contrato non podería ser inferior a un ano nin superior a cinco, admitindo a posibilidade de prórroga sempre que non

excedese dos 5 anos. Neste caso concreto, esa duración non se superou xa que, aínda que debía finalizar o contrato en outubro de 2016, se aprazou a decembro dese mesmo ano pola interrupción provocada pola situación de incapacidade temporal do actor.

En terceiro lugar, o actor alega a infracción das cláusulas 3.1 e 4.1 da Directiva 1999/70/CE do Consello do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo Marco da CHS, a UNICE e o CEEP, sobre o traballo de duración determinada e da sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 14 de setembro de 2016, *De Diego Porras*, asunto C-596/14. Así, o actor solicitaba o pago dunha indemnización correspondente a 20 días por ano traballado e, aínda que o Tribunal con anterioridade declarara a inexistencia de fraude na contratación, considerou que non era axustada a dereito a decisión de que o actor, tras dedicar case 20 anos á Universidade pública a través de distintas modalidades contractuais temporais que evitaban unha contratación indefinida, vise como se extinguía a súa relación laboral sen indemnización ningunha. Baseándose na sobradamente coñecida sentenza *De Diego Porras*, o Tribunal considerou que a ausencia de indemnización do contrato de interinidade que fora subscrito privaba ao actor de dereitos recoñecidos pola lei a traballadores indefinidos sen que concorrese unha razón obxectiva para iso, supoñendo un trato discriminatorio que debía paliarse a través do recoñecemento dunha indemnización por extinción de contrato, tal e como reclamaba o actor, de 20 días de salario por ano de servizo.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 29 de xuño de 2018 (nº rec. 4627/2017)

Salvando as diferenzas co suposto anteriormente exposto, atopámonos practicamente nunha situación comparable: a dunha traballadora que, sendo contratada pola Xunta de Galicia a través dun contrato de interinidade para a substitución doutra en situación de incapacidade temporal, observa como se extingue a súa relación laboral sen percibir ningún tipo de indemnización. Por iso, reclama en instancia

a aplicación da doutrina *De Diego Porras*, reclamación que é estimada polo Xulgado do Social nº 1 de Ferrol na sentenza do 15 de xuño de 2017. Non conforme coa decisión, e sabendo do cambio xurisprudencial do TXUE, o letrado da Xunta interpón recurso de suplicación contra a sentenza, recurso que é estimado.

A fundamentación xurídica do recurso baseábase, do mesmo xeito que no suposto anterior pero en sentido contrario, na vulneración do Acordo Marco, da doutrina xurisprudencial emanada da sentenza *De Diego Porras* e dos artigos 15 c) e 49) do Estatuto dos traballadores.

Os tribunais nacionais atópanse vinculados pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea e a interpretación que faga do Dereito da Unión e do ordenamento nacional, de tal modo que o Tribunal Superior vese obrigado a traer a colación para a súa fundamentación xurídica a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, en Gran Sala, do 5 de xuño de 2018, *Montero Mateos contra Axencia Madrileña de Atención Social da Consellería de Políticas Sociais e Familia da Comunidade Autónoma de Madrid*, asunto C-677/16. Nesta sentenza modifícase o criterio anterior emanado de *De Diego Porras*, de tal forma que o TXUE entende que, aínda que a indemnización se inclúe como unha condición de traballo e o feito de que un contrato de interinidade non a prevexa pode provocar unha diferenza de trato respecto dun traballador fixo comparable, a diferenza de trato atópase xustificada por razóns obxectivas na medida en que a finalización do contrato de interinidade se produce nun contexto diferente ao da finalización dun contrato dun traballador fixo. Aínda que o contrato de traballo temporal como pode ser o de interinidade deixa de producir efectos para o futuro cando vence o termo que se lle asignou inicialmente polas partes, a extinción obxectiva que sustenta a indemnización do artigo 53 do Estatuto dos traballadores baséase en causas que "non estaban previstas no momento de celebración do contrato e que supoñen un cambio no desenvolvemento normal da relación laboral", tendo a indemnización a

finalidade de “compensar o carácter previsto da ruptura da relación de traballo por unha causa desta índole e, por tanto, a frustración das expectativas lexítimas que o traballador podería albergar na data en que se produce a ruptura, en relación á estabilidade da relación”.

En consecuencia, en aplicación desta doutrina, no caso concreto a axuizar o Tribunal Superior vese obrigado a estimar o recurso interposto pola Xunta de Galicia e desestimar a demanda da traballadora, negando o seu dereito a indemnización.

#### **1.4. Extinción de contrato de obra ou servizo no seo dunha ETT: contrata lícita ou cesión ilegal e garantía de indemnidade**

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 21 de maio de 2018 (nº rec. 762/2018)

A través desta sentenza o Tribunal desestima integramente un recurso de suplicación interposto contra a sentenza do Xulgado do Social nº 1 da Coruña do 22 de novembro de 2017, declarando a inexistencia de cesión ilegal entre a empresa contratista e a empresa contratante e, en consecuencia, a adecuación da extinción do contrato de obra ou servizo subscrito coa traballadora.

O determinante no suposto a tratar é a delimitación entre unha contrata lícita e unha cesión ilegal de traballadores por unha posta a disposición da man de obra. A traballadora foi contratada no ano 2006 a través dun contrato de duración determinada por RANDSTAD PROJECT SERVICES, SL, e prestou os seus servizos ata o 2017 como conserxe da Universidade da Coruña como consecuencia do contrato mercantil subscrito entre RANDSTAD, SL, e esta última. Así, unha vez que finalizou o contrato mercantil anterior, RANDSTAD, SL, comunicou á traballadora a extinción do seu contrato; traballadora que demandou tanto a RANDSTAD, SL, como á Universidade da Coruña alegando a existencia dunha cesión ilegal, reclamando a cualificación do despedimento como nulo ao vulnerarse a garantía de

indemnidade por denunciar esa situación con carácter previo á extinción.

O artigo 43 do Estatuto dos traballadores, precepto cuxa infracción alegaba a demandante, recolle un suposto de interposición no contrato de traballo en virtude do cal "o empresario real, que incorpora a utilidade patrimonial do traballo e exerce efectivamente o poder de dirección, aparece substituído no contrato de traballo por un empresario formal". No caso de que unha empresa ou institución pública, como é o caso, se acolla á descentralización produtiva e acuda a unha empresa de traballo temporal, para negar a existencia dunha cesión ilegal non abonda con que o empresario contratista non sexa ficticio, senón que ademais debe "poñer a contribución os elementos persoais e materiais que conforman a súa estrutura empresarial", exercendo verdadeiras facultades e poderes empresariais respecto non dos traballadores en xeral, senón respecto dese traballador en concreto que o solicita.

A dificultade engadida neste caso radica no feito de que RANDSTAD, SL, é unha empresa de servizos onde os clientes, é dicir, a Universidade da Coruña, deciden as cuestións relativas ás condicións do servizo, non requirindo estes servizos unha complexa organización empresarial nin constantes instrucións, de tal modo que todos os indicios e circunstancias deben examinarse con base no caso concreto.

Dos feitos probados extráese que a Universidade da Coruña poñía a disposición de todos os traballadores, non unicamente da demandante, os medios técnicos e materiais existentes como o teléfono, a fotocopiadora ou o ordenador, medios que ademais tiñan un uso compartido por todo o persoal. Ademais, as baixas, vacacións e permisos, abono de nóminas, quendas de traballo, ampliacións de horarios etc. eran a conta de RANDSTAD, SL, notificándoo posteriormente á Universidade da Coruña. RANDSTAD non se adentraba en exceso na rutina de traballo, pero o Tribunal reitera que o servizo contratado, as funcións de

conserxería, non facía necesaria unha achega por RANDSTAD, SL, de medios materiais ou técnicos; sen quedar probado tampouco que a Universidade da Coruña dese ordes ou instrucións máis aló de directrices xerais acerca da forma de prestar o servizo. Baseándose nos anteriores argumentos, o Tribunal sostén que non existe cesión ilegal, senón unha contrata lícita do artigo 42 do Estatuto dos traballadores.

A demandante, baseándose na cesión ilegal, reclamaba ademais a nulidade do seu despedimento, por considerar que se producía unha vulneración da garantía da indemnidade ao denunciar a situación antes de que se procedese á decisión extintiva, ou subsidiariamente. Con todo, o Tribunal rexeita a súa censura xurídica de nulidade na medida en que a vincula directamente á existencia da cesión ilegal, sen solicitar a declaración de nulidade á marxe desta. En canto á improcedencia da extinción, resultou probado que existía unha causa real e obxectiva para a extinción do seu contrato de duración determinada: a finalización da contrata entre RANDSTAD, SL, e a Universidade da Coruña, máxime cando o artigo 33 do convenio colectivo de aplicación sinalaba que a duración dos contratos de obra ou servizo se vinculaba á duración do servizo que se contratou co terceiro.

### **1.5. Despedimento e tutela antidiscriminatoria: enfermidade asimilada á discapacidade**

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 28 de marzo de 2018 (nº rec. 359/2018)

O Tribunal desestima o recurso de suplicación interposto contra a sentenza do Xulgado do Social nº 3 de Lugo do 22 de setembro de 2017, cualificando como nulo o despedimento dunha traballadora cunha enfermidade asimilada á discapacidade segundo a xurisprudencia que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea emitiu a tal efecto.

Aínda que a traballadora prestaba os seus servizos como xerocultora-auxiliar de clínica na empresa GERIATROS, SAU, a través dun contrato indefinido dende o ano 1991,



iniciou un proceso de incapacidade temporal do 26/05/2015 ata o 20/05/2016. Ante esta situación o Instituto Nacional de Seguridade e Saúde non a considerou tributaria de ningún grao de discapacidade a pesar do seu cadro clínico (omalxia esquerda, tendinosis, lumbalxia e discopatías dexenerativas), pero o servizo de prevención si a considerou non apta para o seu posto de traballo, razón pola cal o 10/01/2017 a empresa comunicou á traballadora o cesamento da relación laboral por ineptitude sobrevida, interpoñendo a traballadora demanda a través da cal solicitaba a cualificación do seu despedimento obxectivo como nulo por resultar discriminatorio.

A empresa, en consecuencia, interpuxo recurso de suplicación alegando unha incorrecta aplicación de normativa española e comunitaria. Concretamente, para GERIATROS, SAU, non só se trataba do artigo 14 da Constitución Española e o artigo 52.a) do Estatuto dos traballadores e xurisprudencia que os desenvolvía, senón que consideraba que se aplicou incorrectamente tamén a Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación, xunto coa doutrina desenvolvida para ese efecto polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea. A empresa entendía que o despedimento da traballadora encaixaba dentro do despedimento obxectivo por ineptitude sobrevida, sen resultar discriminatorio por tratarse dunha enfermidade común e non profesional, tendo en conta ademais que a lexislación española, segundo a citada posición, non obrigaba a readaptar o posto de traballo.

Á vista do anterior, ao que tivo que dar resposta o Tribunal é á fina delimitación entre enfermidade e discapacidade como mecanismos de activación da tutela antidiscriminatoria no despedimento.

Realizando unha breve análise da evolución da xurisprudencia nesta materia, nun primeiro momento observouse como o Tribunal Supremo (SSTS do 11 de decembro de 2007 ou do 12 de xullo de 2012) consideraba que a mera enfermidade non estaba incluída dentro dos

factores de discriminación enunciados polo artigo 14 da Constitución Española, idea que en certa medida era compartida no seu ámbito polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, considerando que debía excluírse a equiparación dos conceptos de enfermidade e discapacidade para os efectos de interpretar a Directiva 2000/78 (STXUE do 11 de xullo de 2006, *Chacón Navas*). Con todo, nunha segunda fase, o Tribunal de Xustiza no caso *Ring* (STXUE do 11 de abril de 2013, *Ring*, asuntos acumulados C-335/11 e C-337/11) deu un cambio, considerando que o concepto de discapacidade podía comprender unha condición causada por unha enfermidade sempre que esta cumprise tres requisitos: 1) debía tratarse dunha enfermidade diagnosticada modicamente como curable ou incurable; 2) a enfermidade debía carrexar unha limitación, derivada en particular de doenzas físicas, mentais ou psíquicas que, ao interactuar con diversas barreiras puidese impedir a participación plena e efectiva da persoa de que se trate na vida profesional en igualdade de condicións cos demais traballadores; e 3) debía ser unha enfermidade de longa duración. Se se cumprían estes requisitos, a enfermidade asimilábase á discapacidade, e así se incluíu por parte da nosa xurisprudencia. Concretamente o Tribunal Supremo, na súa sentenza do 27 de maio de 2016 (nº rec. 799/2016) considerou que, xunto con aqueles supostos onde a enfermidade supuxese un elemento ou factor de segregación, ben a través da estigmatización da persoa enferma ou ben a través da mera existencia da enfermidade en si mesma, supostos nos que a enfermidade se tiña por causa de discriminación, engadíase este último suposto de enfermidade asimilada a discapacidade.

Aplicando estes criterios ao caso concreto, o Tribunal considera que a enfermidade sufrida pola traballadora cumpría os requisitos anteriores na medida en que se partía dun proceso médico de longa duración, dun ano; proceso médico que segundo a empresa lle causaba unha limitación funcional longa no tempo. Con base niso, a empresa en primeiro lugar, en virtude do artigo 5 da Directiva 2000/78,

antes de acudir ao despedimento, debía realizar unha adaptación do posto de traballo da demandante para que continuase coa prestación de servizo, adaptación que non se realizou na medida na que se acudiu directamente ao despedimento obxectivo. Por iso, considérase que o despedimento é nulo ao erixirse como discriminatorio por razón de discapacidade, considerando que ademais o despedimento obxectivo é a última e a única vía a esgotar cando a readaptación do posto de traballo fose imposible ou moi gravosa.

### **1.6. Despedimento e proba: dereitos fundamentais do traballador**

Tribunal Supremo (Sala do social, Sección 1ª) do 8 de febreiro de 2018 (nº rec. 1121/2015)

Aínda que ata o momento unicamente se comentaron sentenzas provenientes do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, resulta conveniente prestar atención aos recursos interpostos contra aquelas que chegaron ao Tribunal Supremo, dando lugar a importantes pronunciamentos, ben corrixindo a doutrina do TSX ou ben confirmándoa.

Nesta sentenza o Tribunal Supremo desestima o recurso de casación para a unificación da doutrina interposto pola representación procesual do traballador, e estima o interposto pola representación procesual do empresario, confirmando a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 30 de decembro de 2014 onde se atribuíu plena validez procesual á proba derivada do exame do correo electrónico corporativo do traballador; proba que serviu de base para proceder ao seu despedimento disciplinario.

O traballador da empresa Inditex, SA, levaba traballando para esta dende o ano 1990 como comprador. En xuño de 2013 o mesmo traballador aceptara dunha entidade provedora da empresa, á que el mesmo realizara compras, dúas transferencias bancarias por importe de 11.000 e 39.000 euros, empregando parte do diñeiro para comprarse un vehículo de alta gama. Todos os traballadores da empresa Inditex posúen unha conta corporativa e este

traballador enviou un correo electrónico a esa conta, achegando os xustificantes bancarios da transferencia que, á súa vez, imprimiu na empresa, atopándoos outro traballador na fotocopiadora xeral. Ao poñerse en coñecemento do superior xerárquico esta circunstancia, a empresa iniciou unha investigación sobre os feitos e, tras unha previa suspensión de emprego, o traballador que aceptara as transferencias foi despedido disciplinariamente, alegando a empresa transgresión da boa fe contractual e abuso de confianza no desempeño do traballo [art. 54.2 d) Estatuto dos traballadores].

Contra esa decisión recorreu o traballador, aínda que a súa demanda foi desestimada polo Xulgado do Social nº 1 da Coruña na sentenza do 14 de abril de 2004, declarando procedente o seu despedimento. Desconforme coa resolución, o traballador recorreu en suplicación ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, o cal o desestimou na sentenza do 30 de decembro de 2014, volvendo declarar procedente o despedimento pero unicamente en base ao achado casual dos xustificantes e outros documentos achegados ao proceso, xa que entendeu que debían ser declaradas nulas e non tidas en consideración as probas que, segundo o tribunal, se obtiveron ilícitamente a través do control do correo electrónico do traballador, vulnerando o seu dereito á intimidade.

Tanto a representación procesual do traballador como da empresa recorreron en casación ante o Tribunal Supremo e, aínda que o recurso do traballador foi integramente desestimado, non o foi o recurso da empresa. Inditex, SA, alegaba a infracción dos artigos 18 da Constitución Española e 20 do Estatuto dos traballadores, considerando que a proba mencionada anteriormente si debía ser tida en conta. A empresa entendía que, a través desa proba, que entraba dentro da facultade de control e vixilancia do empresario, non se vulnerou o dereito á intimidade do traballador.

O empresario conta cun poder de dirección dentro do que se atopa a facultade de adoptar as medidas de control e vixilancia que entenda oportunas para verificar o

cumprimento das obrigacións e deberes laborais dos traballadores (art. 20.3 ET) e, aínda que o traballador no marco da relación laboral ten recoñecido o seu dereito á intimidade persoal, o debate atópase en delimitar cando a facultade do empresario traspasa ese dereito. O Tribunal Supremo, baseándose en xurisprudencia do Tribunal Constitucional, afirma o carácter limitado do dereito á intimidade do traballador. O uso do correo electrónico polos traballadores no ámbito laboral entra dentro do dereito á intimidade, así como do ordenador ao tratarse dun equipo que pode almacenar na súa memoria aquela información, pero iso non contradí o feito de que, existindo unha previsión expresa de prohibición do uso do ordenador para fins persoais determinada polo empresario, este poida vixiar o cumprimento da deses prohibición.

En Inditex, SA, existe unha normativa empresarial e unha política de seguridade da información que prohíbe o uso dos ordenadores da empresa para fins extralaborais, e esa política ponse en coñecemento de todos os traballadores na medida en que deben aceptar as directrices da empresa cada vez que acceden ao sistema informático da compañía co seu ordenador, advertindo expresamente de que a empresa se reserva o dereito “de adoptar as medidas de vixilancia e control necesarias para comprobar a correcta utilización das ferramentas que pon a disposición dos seus empregados, respectando en todo caso a lexislación laboral e convencional sobre a materia e garantindo a dignidade e intimidade do empregado”. O traballador era plenamente consciente de que non podía utilizar o correo para imprimir eses xustificantes bancarios, o cal provocaba que non houbo unha expectativa razoable de intimidade, e tras o achado casual daqueles a empresa adoptou medidas de control e vixilancia. Estas medidas consideráronse polo Tribunal lexítimas na medida en que, aínda que podían supoñer un límite a un dereito fundamental, superaban o xuízo de proporcionalidade: 1) tratábase dunha medida idónea para conseguir o obxectivo, descubrir a proba de que o traballador aceptara as transferencias do provedor; 2)

tratábase dunha medida necesaria, ao non existir outra máis moderada para conseguir o obxectivo anterior; e 3) tratábase dunha medida proporcional, ao intentar que a invasión no dereito á intimidade fose o menor posible. A empresa levou a cabo o exame dentro do propio servidor da empresa e non de todos os correos electrónicos de maneira indiscriminada, senón do contido dalgúns deles a través de palabras clave ou datas que revelasen información substancial para a investigación.

Esta é a principal conclusión á que chegou o Tribunal Supremo unicamente a través de xurisprudencia nacional. Con todo, aínda que nas instancias anteriores non se puido ter en conta, unha vez que se resolveu polo Alto Tribunal a cuestión xa estaba en pleno debate a doutrina do caso *Barbulescu* con base na Sentenza do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos do 5 de setembro de 2017. Nesta sentenza dispónse que, a efectos de cualificar a supervisión do empregador e a posible intromisión na vida privada do traballador, se deben ter en conta cinco factores: "a) o grao de intromisión do empresario; b) a concorrencia de lexítima razón empresarial xustificativa da monitorización; c) a inexistencia ou existencia de medios menos intrusivos para a consecución do mesmo obxectivo; d) o destino dado pola empresa ao resultado do control, e e) a previsión de garantías para o traballador". Esta doutrina, aínda que é aplicable ao caso, non nos conduce a un resultado diferente do xa mencionado na medida en que estes factores xa se reconducen ao xuízo de idoneidade, necesidade e proporcionalidade requirido polo noso Tribunal Constitucional, xuízo que se cumpriu rigorosamente no suposto concreto e que, en consecuencia, lexítima a intervención empresarial, redundando na procedencia do despedimento.

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 14 de febreiro de 2018 (nº rec. 4292/2017) No caso anterior podíase observar como a empresa obtiña a proba a través de mecanismos que podían supoñer unha limitación ao dereito da intimidade do traballador, pero

neste suposto se verán tres circunstancias moi relevantes en materia de proba para ambas as partes no proceso: 1) a utilización pola empresa como proba de imaxes publicadas pola traballadora nas súas redes sociais; 2) como repercute na cualificación do despedimento a alegación dunha causa pola empresa que posteriormente non se logra probar; e 3) a necesaria achega por parte do traballador de indicios que cren unha dúbida razoable acerca dun posible comportamento discriminatorio por parte da empresa.

O Tribunal Superior de Xustiza vén desestimar os recursos interpostos pola traballadora e as empresas codemandadas ante a sentenza do Xulgado do Social nº 1 de Ferrol do 4 de xullo de 2017.

A traballadora viña prestando servizos como directora de recursos humanos dende o ano 2008 a través dun contrato indefinido para a empresa MASOL IBERIA BIOFUEL, SA, realizando funcións para esa empresa, CAMPA IBERIA, SAU, e MASOL CARTAGENA BIOFUEL, SL. Os feitos máis destacables para o despedimento posterior foron os seguintes: 1) A traballadora impartiu en maio de 2015 unhas clases como docente nun máster de recursos humanos nunha escola de negocios onde, segundo a empresa principal, esta traballadora a descualificara e a tratara de forma pexorativa e, ademais, nas clases utilizara materiais documentais relacionados con datos reais sobre importes de retribucións de postos da empresa; e 2) A traballadora iniciou un proceso de incapacidade o 18/02/2016 por continxencia de accidente de traballo cun diagnóstico de fractura de nocello, fractura e luxación de Linsfrac. Contraeu matrimonio o 06/08/2016 e dous días máis tarde recibiu o alta polo facultativo da Mutua para, segundo mensaxes enviadas pola traballadora a compañeiros seus, poder realizar a súa viaxe de vodas, recibindo a baixa unha vez que volvese do mesmo, de tal modo que, tras gozar da súa licenza por matrimonio do 9 ao 19/08/2016, o 22/08/2016 foille expedido parte médico de baixa de incapacidade temporal por recaída do proceso inicial. Ante estas circunstancias a empresa iniciou un

expediente contradictorio sancionador, remitíndolle carta de despedimento disciplinario tras a terminación do mesmo.

A traballadora impugnou o despedimento ante a xurisdición social, considerando en primeira instancia que o despedimento era improcedente. Contra a sentenza de instancia recorreu non soamente a traballadora, senón as empresas codemandadas.

A traballadora denunciou a infracción de diversos dereitos fundamentais ao considerar que o seu despedimento era nulo por diversas razóns: 1) vulnerouse o seu dereito fundamental á honra e á intimidade por utilizarse no expediente contradictorio fotos privadas da súa viaxe de noivos cedidas sen consentimento e por reprocharse a elección da súa viaxe; 2) a causa real do despedimento era a súa situación de incapacidade, o feito do seu matrimonio e a súa condición de ser muller, vulnerando o dereito fundamental á igualdade e non discriminación; e 3) o despedimento era discriminatorio porque traía causa da posibilidade de ser nai nun breve prazo, na medida en que a traballadora tiña 39 anos.

Respecto do primeiro dos motivos de censura xurídica, a traballadora alegaba que, na carta de despedimento, imputábaselle que a súa viaxe de noivos debía gozarse doutra forma, "nun balneario", non a través de múltiples camiñadas e rutas de sendeirismo. Con todo, o Tribunal entende que a empresa non estaba a reprochar a elección da súa viaxe, senón que simplemente fundamenta no escollido unha transgresión da boa fe contractual xa que, se a patoloxía sufrida pola traballadora a incapacitaba para a súa actividade laboral, onde pasaba a maior parte do tempo sentada no seu despacho, en consecuencia, tamén a incapacitaba para unha viaxe dese tipo, véndose interrompido o seu proceso de curación. A empresa coñecía da condición da viaxe grazas ás fotos que a traballadora subía continuamente ás redes sociais durante os paseos. Por iso, o Tribunal entende que aínda que a proba podería ser ilícitamente obtida por non contar co consentimento para ser achegada no expediente contradictorio, non existe



ningunha vulneración do seu dereito á honra ou á intimidade.

Aínda que o Tribunal rexeita a discriminación por razón de enfermidade por non ser asimilada á discapacidade, é interesante como recalca que, para que a traballadora poida alegar un despedimento discriminatorio por razón da súa futura maternidade e ese motivo prospere, debe achegar un indicio razoable de proba. Ao non achegarse e ser só unha alegación de parte acerca dun feito futuro e incerto, é un argumento rexeitado de pleno polo Tribunal.

As empresas codemandadas entendían que se aplicou de maneira incorrecta o artigo 54.2 c) e d) do Estatuto e determinados preceptos do convenio colectivo aplicable. En concreto, solicitaban a declaración do despedimento como procedente, alegando dúas causas que o fundamentaban: 1) transgresión da boa fe contractual e abuso de confianza na medida en que, segundo as empresas, non delegou a xestión do pago das facturas dos provedores cando causou baixa e por iso os provedores non cobraron; e 2) ofensas verbais ou físicas ao empresario ou ás persoas que traballan na empresa ou aos familiares que convivan con elas na medida en que, de novo segundo as empresas, a traballadora proferira insultos a profesionais das empresas durante as clases que impartiu no máster, utilizando ademais datos privados da empresa que constituían información confidencial relativos a retribucións e custos laborais. O Tribunal, aínda que rexeita o primeiro dos argumentos fundamentando a súa decisión no feito de que a incapacidade temporal impedía á traballadora desempeñar os seus labores e debía ser a empresa quen organizase ese traballo, tamén rexeita o segundo motivo, neste caso por unha falta de proba. Non quedou acreditado no proceso que a demandante se referise a persoas da empresa nin que utilizase información confidencial, senón unicamente datos que figuran nos balances da empresa e rexistros públicos. A falta da citada proba é o que provoca, xunto cos argumentos anteriores, que o Tribunal cualifique o despedimento como improcedente (e non como nulo como

reclamaba a traballadora ao non vulnerar ningún dereito fundamental).

### **1.7. Extinción da relación laboral: acoso discriminatorio por asociación e acoso moral**

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 13 de abril de 2018 (nº rec. 421/2018)

Desgraciadamente, se se realiza un breve percorrido polas sentenzas emitidas polos Xulgados do Social e os Tribunais Superiores de Xustiza, non estrañará ver infinidade de casos onde traballadoras denuncian situacións de acoso sexual e por razón de sexo que están a sufrir no ámbito laboral, exercendo os seus dereitos e reclamando a protección que lle brinda o ordenamento xurídico en aras a sancionar, en especial, condutas de pasividade ou permisividade da situación por parte de superiores xerárquicos. A denuncia da muller traballadora da situación de acoso é o que desencadeou, neste suposto concreto, unha conduta de acoso (ou persecución) cara ao seu marido, traballador da mesma empresa, por parte dos seus propios compañeiros e superiores, atopándose así nunha situación de desprotección.

O Tribunal Superior de Xustiza, nesta tesitura, estende o acoso discriminatorio da muller traballadora por asociación ao seu marido, estimando o recurso por el interposto contra a sentenza do Xulgado do Social nº 2 de Santiago de Compostela do 27 de outubro de 2017, na cal se lle negou a tutela dos seus dereitos fundamentais.

O primeiro feito do que se debe partir para a explicación dos sucesos é que a muller do actor, que traballaba con el no mesmo centro de traballo, estaba a ser sometida a unha situación de acoso sexual e acoso por razón de sexo por parte do seu superior xerárquico. O actor, ante esta situación, en abril de 2016 mantivo unha reunión co xefe do persoal do centro, o responsable do centro e o xefe de persoal de Galicia, manifestando a súa preocupación pola existencia dunha situación de "tensión, mal ambiente e moitos problemas" no departamento no que traballaba a

súa muller relacionados co xefe da planta polas súas “frases subidas de ton”, que provocaban que a súa muller estivese incómoda no traballo. A empresa non adoptou medidas serias, é máis, ascendeu ao presunto acosador en agosto de 2016. A muller do actor iniciou baixa médica o 11 de novembro de 2016 e, días despois, o 7 de decembro, denunciou a situación ante a Comisión Instrutora para o Tratamento e Investigación de Situacións de Acoso. Ao coñecerse esta noticia, o 19 de decembro o xefe do persoal chamou ao actor e preguntoulle “se sabía algo da denuncia interposta pola súa muller ante o CITSA” e, esa mesma tarde, prodúcese unha reunión do actor coa directiva na que se trata o tema da denuncia da súa muller e a situación persoal do actor, “que está a atravesar unha crise matrimonial, transmitíndolle que non se preocupe e que estea tranquilo”, volvéndose a interesar pola súa situación persoal ao mes seguinte. O 31 de xaneiro de 2017 a Comisión considerou patente a situación de acoso sexual denunciada e procédese ao despedimento disciplinario do acosador ao día seguinte, aínda que o 24 de febreiro de 2017 o actor reuniuse co director rexional de Galicia transmitíndolle a súa intención de saír da empresa ao estar incómodo no seu traballo e non ter apoio da directiva, aínda que o director lle manifestou que se marchaba voluntariamente, non lle correspondía o percibo de ningunha cantidade. Toda a situación pola que estaba a atravesar o actor provoca que iniciase unha baixa médica derivada de enfermidade común con diagnóstico de anxina de peito o 6 de marzo de 2017, referindo nos informes médicos estar sometido a moita tensión emocional e laboral.

Con iso, o actor presentou demanda contra a empresa solicitando a tutela de dereitos fundamentais e a resolución da relación laboral por incumprimento grave das obrigacións por parte do empresario. O Xulgado de Primeira Instancia desestimou a demanda e absolveu á empresa, razón pola cal o actor interpuxo recurso de suplicación.

Máis aló dos fundamentos xurídicos relativos ás revisións fácticas, o realmente interesante neste recurso é comprender a reflexión que realiza o Tribunal para entender non só que o actor estaba a ser sometido a unha situación de acoso moral, senón que tamén se lle podía estender a situación de acoso discriminatorio sufrida pola súa muller.

A sentenza de instancia consideraba que non existía acoso moral respecto do actor ao non acreditarse "insultos, faltas de respecto, vexacións, exceso de carga de traballo ou ordes por parte da directiva que alterasen as funcións do traballador demandante, e iso con independencia do distanciamento ou frialdade da relación laboral deste co resto da directiva como consecuencia do conflito laboral da súa esposa por mor dun acoso sexual". Con todo, o Tribunal non comparte esa conclusión.

O acoso por razón de sexo ao que foi sometida a muller do traballador atopa a súa regulación na Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación, trasposto no artigo 7.2 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes. O artigo 2.1 c) da Directiva define o acoso como "a situación en que se produce un comportamento non desexado relacionado co sexo dunha persoa co propósito de atentar contra a dignidade da persoa e de crear un contorno intimidatorio, hostil, degradante e ofensivo". Resulta moi importante para o Tribunal atender ao teor literal do precepto, e é que se refire a "a dignidade da persoa", podendo ser esta persoa contra cuxa dignidade se atenta unha persoa diferente respecto da cal se toma en consideración o seu sexo no comportamento non desexado. É dicir, tómase en consideración o sexo dunha persoa, a muller, para atentar contra a dignidade doutra persoa, o actor, recoñecéndose así o acoso discriminatorio *per relationem* ou por asociación, axustándose a xurisprudencia europea (STXUE do 17 de febreiro de 2008, *Coleman*, asunto C-303/06).

Para xustificar nos feitos esta situación de acoso discriminatorio por asociación, o Tribunal non só reprocha a vulneración da confidencialidade que debe rexer na aplicación do protocolo antiacoso por preguntarlle directamente o xefe do persoal ao actor se “sabía algo” da denuncia interposta pola súa muller e a inacción ante a situación de acoso. O que o Tribunal considera de maior gravidade é que se convocasen reunións co traballador que, coa falsa intención de preocuparse pola súa situación matrimonial, se realizaban para obrigar ao traballador a situarse no conflito respecto da súa muller, infundíndolle unha sensación de intranquilidade ou de posibles represalias.

Con todo, o Tribunal vai máis aló e non soamente considera patente o acoso discriminatorio, senón tamén o acoso moral. O Tribunal recoñece que o suposto a tratar “non se axusta ao paradigma do acoso moral como sucesión de condutas hostís (...) de certa continuidade temporal contra a dignidade persoal da vítima (...) ou contra a súa profesionalidade”, pero á súa vez entende que o relevante para acreditar o acoso moral non é que se produzan unhas condutas taxadas, senón que “se acredite a intencionalidade de danar á vítima a través dunha conduta complexa, continuada, predeterminada e sistemática”, intencionalidade non requirida no acoso discriminatorio. Entende que esta última é a situación que se produce con base na vulneración intensa do dereito á privacidade do traballador nas reunións anteriormente mencionadas onde se exerce unha presión psicolóxica determinante de acoso moral para o seu posicionamento no conflito e as posibles represalias, con continuas referencias á súa privacidade e vida matrimonial (as falsas mensaxes de tranquilidade constátanse cando esa tranquilidade non se lle transmite unha vez finalizado o conflito para que o traballador recupere o seu proxecto profesional). Ademais de todas estas circunstancias, o Tribunal corrobora a súa conclusión na identificación por parte dos informes médicos dunha situación de tensión

laboral do traballador que foi tratada polos servizos psiquiátricos.

Con todo iso, considerando que a conduta debía ser cualificada como un acoso discriminatorio sexista en atención á conexión da situación laboral do traballador coa situación sufrida pola súa muller e, á súa vez, como un acoso moral, o Tribunal entende xustificada a resolución da relación laboral de conformidade co artigo 50.1 c) do Estatuto dos traballadores, outorgándolle ao traballador unha indemnización adicional atendendo aos danos sufridos na súa integridade moral e no seu proxecto vital e profesional e na súa saúde.

## **2. MEDIDAS DE CONCILIACIÓN**

A interrelación entre a vida profesional e laboral e a vida persoal e familiar tivo un percorrido histórico significativo ata chegar á situación actual. O panorama legislativo está composto por numerosas medidas de conciliación, especialmente permisos ou licenzas, reducións de xornada e excedencias. Independentemente do debate que estas figuras poden traer consigo por centrar a atención aínda na división sexual do traballo, continúan sendo un dereito recoñecido ás traballadoras e traballadores, que en infinidade de ocasións se ven obrigados a acudir á vía xurisdiccional por desacordos cos seus empresarios á hora de proceder ou non á súa concesión.

Este apartado precisamente examinará cales son os principais motivos que, segundo o empresario, orixinan a denegación da petición do traballador ou traballadora. Concretamente en primeiro lugar verase que sucede cando a empresa impón a un traballador o goce acumulado das horas correspondentes ao permiso por lactación.

En segundo lugar examínase como se pode facer efectivo, en interese da concreción horaria, o dereito á redución de xornada por coidado de menor, no sentido de como debe interpretarse a redución "dentro da xornada ordinaria".

## **2.1. Desfrute acumulado do permiso por lactación imposto polo empresario**

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 23 de xaneiro de 2018 (nº rec. 4399/2017)

O Tribunal Superior de Xustiza estima parcialmente o recurso de suplicación interposto polo traballador contra a Sentenza do Xulgado do Social nº 1 de Ferrol do 3 de agosto de 2017, sentenza na que se lle denegou o goce do permiso pola lactación na forma por el solicitada.

O traballador viña prestando servizos como maquinista por conta e dependencia da empresa RENFE VIAJEROS. Sendo pai dun fillo nado no ano 2017, solicitou o goce do permiso por lactación que lle correspondía ao amparo do artigo 37.4 do Estatuto dos traballadores de maio do 2017 a xaneiro de 2018 nos seguintes termos: en horario de mañá de 10 a 11 horas e en horario de tarde de 19 a 20 horas. Aínda que nun primeiro momento a empresa contestou á súa solicitude por escrito concedéndolle o permiso por lactación unha vez finalizado o período de maternidade do que estaba a gozar, é dicir, postergándoo a xullo de 2017, nunha nova comunicación a empresa notificálle que debe proceder ao goce do permiso de forma acumulada en 15 días. Tendo o traballador asignados os servizos como maquinista, como consecuencia desta última comunicación a empresa confeccionou un novo gráfico de asignación incluíndo os días de lactación acumulada. O traballador, desconforme coa decisión, demandou á empresa para que o permiso fose concedido nos termos solicitados, aínda que a sentenza de instancia desestimou a súa demanda, razón pola cal accede en suplicación ao Tribunal Superior de Xustiza reclamando, ademais, unha indemnización en concepto de danos e prexuízos.

O debate, como xa se adiantou, céntrase en se a empresa pode impoñer ao traballador que goce do seu permiso por lactación en días acumulados segundo o teor literal do precepto que regula a figura. O artigo 37.4 do Estatuto dos traballadores dispón que, nos supostos de nacemento de fillo, adopción, garda con fins de adopción ou acollemento,

para a lactación do menor ata que este cumpra os nove meses, "os traballadores terán dereito a unha hora de ausencia do traballo, que poderán dividir en dúas fraccións (...). Quen exerza este dereito, pola súa vontade, poderá substituílo por unha redución da súa xornada en media hora coa mesma finalidade ou acumulalo en xornadas completas nos termos previstos na negociación colectiva ou no acordo a que chegue co empresario respectando, no seu caso, o establecido naquela". O dereito á acumulación en xornadas completas unicamente se pode exercer cando así o contemple a negociación colectiva ou o acordo particular de tal modo que, se non hai esa previsión ou acordo, non haberá acumulación, e así o veu entendendo a xurisprudencia (SSTS do 11 de novembro de 2009). No caso concreto que nos ocupa, o convenio colectivo de aplicación non prevé nada acerca do goce acumulado, e ademais tampouco existe ningún tipo de acordo privado entre o traballador e a empresa. A empresa directamente impón o goce acumulado, alegando que non é efectivo nin para o traballador nin para a empresa que, dadas as funcións do traballador de maquinista, este se ausente unha hora do seu posto de traballo cando está en metade dun traxecto de ida ou volta. En opinión da empresa, a elección do traballador non supón unha mellor conciliación familiar. O artigo 37.7 ET, invocado pola empresa, reconece o dereito do traballador á elección do horario, aínda que engade que, cando este dereito entre en colisión co dereito de dirección e organización da empresa, debe acudirse ás circunstancias concretas de cada caso. O Tribunal Superior comparte a opinión da empresa en canto á discutida efectividade da elección do traballador, pero nega a posibilidade da acumulación do permiso. Entende que o máis conveniente sería que a ausencia do traballador se correspondese co inicio ou fin da xornada, pero a empresa en todo caso non pode "mudar o dereito do traballador obrigándolle ao goce acumulado en xornadas completas cando non nos consta que nin sequera o convenio colectivo o permita", engadindo que o traballador non ten por que



acreditar que a forma na que solicitou o goce supoña unha mellor conciliación familiar que o exercicio acumulado.

Sentadas estas bases, dado o transcurso do tempo e o feito de que o fillo xa cumpriu os 9 meses, o Tribunal Superior non pode recoñecer o dereito do actor tal e como o solicitaba, pero si lle recoñece a petición de danos e prexuízos solicitada porque entende que, aínda que a empresa lle recoñeceu o seu dereito, "impúxoselle un exercicio do mesmo contrario á legalidade ordinaria".

## **2.2. Concreción horaria da redución de xornada por coidado de menor**

Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social, Sección 1ª) do 9 de febreiro de 2018 (nº rec. 4311/2017)

O Tribunal Superior de Xustiza estima parcialmente o recurso interposto pola traballadora contra a Sentenza do Xulgado do Social nº 2 de Ourense do 20 de xullo de 2017, recoñecendo o dereito por ela reclamado á concreción horaria da redución de xornada por coidado de menor solicitada, modificando así o seu réxime de quendas.

A traballadora viña prestando servizos para a empresa ZARA ESPAÑA, SA, como xestora de operacións cunha xornada diaria de luns a sábados, en quendas de mañá e tarde. O 5 de maio de 2017 solicitou adaptación horaria por motivos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral por coidado de fillo, propoñendo un horario específico que foi rexeitado pola empresa "por non reunir os requisitos necesarios para tal solicitude". Ante a negativa, o 18 de maio solicitou reducir a xornada por coidado de fillo menor de 12 anos dende maio do 2017 ata xuño do 2021, propoñendo á empresa unha xornada de 25 horas por semana e unha distribución específica de aquelas. A empresa, unha vez recibida a petición, indicoulle á traballadora que tiña recoñecido o seu dereito á redución de xornada laboral, pero rexeitou o horario proposto pola traballadora baseándose en dous principais argumentos: 1) o artigo 37 apartados 5 e 6 do Estatuto dos traballadores dispón que a redución da xornada diaria e a concreción

horaria corresponderalle ao traballador “dentro da súa xornada ordinaria (diaria)”, de tal modo que a traballadora non se adaptaba a esa previsión cando, tendo unha xornada de luns a sábado en quendas de mañá e tarde, excluía os sábados e as tardes da súa xornada; e 2) a proposición da traballadora afectaría á organización da tenda, ao desenvolvemento do seu traballo e ao horario dos seus compañeiros porque o seu posto requiría a súa presenza polo menos unha tarde para realizar a “previa” ao camión e un peche á semana nun dos días de maior venda, venres ou sábado.

A traballadora, ante esta decisión, interpuxo demanda, desestimada en primeira instancia, polo cal recorreu en suplicación. O Tribunal Superior de Xustiza, na súa fundamentación xurídica, apártase certamente do criterio anteriormente mantido pola primeira instancia. A traballadora, no seu recurso, dispoñía que o artigo 37 do Estatuto debía ser interpretado conforme ao artigo 14 da Constitución Española e o Plan de Igualdade da empresa na medida en que a resposta que se lle outorgou á traballadora carecía de motivación e implicaba un trato desigual respecto de outras compañeiras de traballo ás que si se lles recoñeceu o citado dereito, con base unicamente na súa responsabilidade profesional.

Para a fundamentación xurídica do caso e do primeiro dos argumentos, o Tribunal trae a colación xurisprudencia propia do Tribunal Constitucional. Este último, en diversas sentenzas veu entendendo que o dereito de redución de xornada “abre a porta á posibilidade de que se flexibilicen os criterios interpretativos, de tal forma que poidan non coincidir os días traballados en aplicación da redución, coa xornada que se prestaba antes” na medida en que debe terse en conta que a concesión ou non do horario concreto pode supoñer un obstáculo para a compatibilidade da súa vida familiar e profesional, debendo tomar como referencia á hora de interpretar o precepto do Estatuto o artigo 14 da Constitución Española, especialmente dende a perspectiva do dereito á non discriminación por razón de sexo das

mulleres traballadoras e do mandato de protección á familia e á infancia do artigo 39 CE (SSTC 92/2005, do 18 de abril e 26/2011, do 14 de marzo). En consecuencia, non só debe terse en conta a legalidade ordinaria do precepto, senón tamén a dimensión constitucional do dereito fundamental que se atopa tras a medida, servindo de orientación para calquera dúbida interpretativa. O Tribunal, partindo dos citados preceptos, entende que o artigo 37 do Estatuto non establece como debe realizarse esa redución dentro da xornada ordinaria diaria, de tal modo que, ante o silencio, nada impide que a redución fose irregular ou non proporcional nos días nos que se prestase o servizo, só nalgún dos días ou só nalgún das quendas, porque non se impón expresamente que a redución deba de ter lugar todos os días nos que se prestan servizos, sen confundir a xornada ordinaria co horario e distribución do tempo de traballo ou o réxime de traballo a quendas.

En canto ao segundo argumento esgrimido pola empresa, o Tribunal entende que a causa organizativa mencionada non foi suficientemente acreditada na medida en que a empresa non achegou datos como o número de establecementos desa mesma cidade, o persoal do centro de traballo da traballadora, a existencia de dificultades transcendentales no funcionamento ordinario, a formación especial da traballadora etc.

Así, atendendo aos intereses e as circunstancias particulares do caso, recoñécese a preferencia do dereito da traballadora respecto da conveniencia empresarial.