

DEREITO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO
Personal Investigador en Formación (FPU)
Universidade de Santiago de Compostela
lidia.gil.otero@usc.es

Palabras chave: proba; Whatsapp; desconexión dixital; indefinido non fixo; discriminación por parentesco; externalización; perspectiva de xénero.

Palabras clave: prueba; Whatsapp; desconexión digital; indefinido no fijo; discriminación por parentesco; externalización; perspectiva de género.

Keywords: evidence ; Whastapp ; digital curfew ; kinship discrimination ; outsourcing ; gender perspective.

Esta recompilación xurisprudencial recolle seis sentencias de TSX de Galicia ditadas no segundo semestre de 2022, relativas ao dereito individual do traballo. Máis aló da anterior categorización, esas sentenzas non teñen un fío común dende o punto de vista das institucións xurídicas analizadas nelas. O anterior non nega, en todo caso, o seu interese doutrinal e xurisprudencial, pois os referidos pronunciamentos recollen formulacións novas.

1. VALORACIÓN DAS CONVERSACIÓNS A TRAVÉS DE APLICACIÓNS DE MENSAXERÍA INSTANTÁNEA NO RECURSO DE SUPPLICACIÓN. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 23 DE DECEMBRO DE 2022 (REC. 6171/2022)

O erro xudicial na valoración das probas documentais ou periciais constitúe un dos motivos que permiten ás partes recorrer en suplicación, tal e como dispón o art. 193 da Lei

reguladora da xurisdición social. O avance tecnolóxico obrigou a determinar que se entende por proba documental, sendo necesario deslindar o referido tipo de proba doutros medios recollidos no art. 299.2 da Lei de axuízamento civil, centrados estes últimos, fundamentalmente, nos novos medios de comunicación. Algunhas resolucións xudiciais analizaron o valor que debe outorgárselles aos chats de aplicacións móbiles (Whatsapp, Telegram, Zoom...) como medio ou como tipo de proba. Entre estas resolucións atópase, precisamente, a sentenza do TSX de Galicia do 23 de decembro de 2022.

Os feitos da citada sentenza traen causa dunha sanción imposta pola empresa a unha traballadora que se ausentou do seu posto de traballo de forma inxustificada durante tres días alternos. A traballadora, que iniciara un proceso de incapacidade temporal días despois desas ausencias, debido a un trastorno depresivo "en relación con problemática laboral", demandou á empresa por vulneración dos seus dereitos fundamentais. A súa pretensión de tutela foi desestimada en primeira instancia. Xa en suplicación, a recorrente quería modificar os feitos probados, servíndose, para iso, dunhas comunicacións que recibiu a través de Whatsapp por parte da empresa e que evidenciaban o que, para a traballadora, constituía unha situación de acoso ("ponte guapa", "como estás á parte de boa", "a túa foto de perfil non está nada mal", "uf de 17 como estarías").

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia declarou na súa sentenza do 17 de decembro de 2019 que as conversacións de Whatsapp non eran un instrumento hábil para pretender a modificación dos feitos en suplicación, na medida en que non constituían un documento, nin sequera electrónico ou informático. Sen prexuízo do anterior, tamén admitiu que a proba documental debía interpretarse nun sentido amplo, baixo pena de que a revisión fáctica queda baleira de contido ante o avance das novas tecnoloxías (sentenza do 23 de xullo de 2020).

A xuízo do TSX, a transcripción de mensaxería instantánea non é válida se non se apoia nun documento ou proba pericial.

Por iso, o TSX rexeitou a pretensión da traballadora de modificar os feitos probados en virtude desas conversacións de Whatsapp, pois os soportes nos que se transcribían as referidas mensaxes adocían de defectos. En concreto, non acreditaban debida e individualmente a identificación da persoa remitente, revelando, a xuízo do tribunal, "un déficit de autenticación subxectiva do emisor dos Whatsapp". Ademais, tampouco constaba a relación laboral entre o ignorado remitente e a traballadora o que, conforme a recente xurisprudencia, era incompatible coa pretensión fáctica.

2. A DESCONEXIÓN DIXITAL E OS GRUPOS DE WHATSAPP. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 23 DE NOVIEMBRE DE 2022 (REC. 4175/2022)

Todas as persoas traballadoras teñen dereito á desconexión dixital, incluíndo aquelas que prestan servizos a distancia. Así o recolle o artigo 88 da Lei orgánica 3/2018, de protección de datos persoais e garantía de dereitos dixitais, e o artigo 18 da Lei 10/2021, de traballo a distancia. O recoñecemento deste dereito cobra especial relevo nun contexto no que a tecnoloxía permite unha conectividade permanente dos traballadores, pois a inadecuada xestión dos novos medios de comunicación esvaece a liña entre o tempo de traballo e o tempo persoal ou de descanso. O dereito á desconexión dixital non só se ve ameazado polo correo electrónico, senón tamén por outras canles de comunicación que establece a empresa cos traballadores, destacando, respecto diso, os grupos de Whatsapp. As conversacións que se manteñen a través destes grupos realízanse polo xeral en momentos dispares do día, sendo difícil que estes coincidan co horario de traballo de cada un dos integrantes. Por iso, debe facerse un esforzo para delimitar cando se vulnera ou non o dereito á desconexión dos traballadores que reciben esas mensaxes, fóra da súa xornada. A esta delimitación dedícase parte da sentenza do TSX de Galicia do 23 de novembro de 2022.

No caso concreto, o empresario, ante uns resultados económicos distintos aos esperados, dirixiuse aos seus traballadores a través do grupo de Whatsapp cunha serie de preguntas ou comentarios (“Estamos nun grupo de wasap no que Zulima tamén está e le todo, non pasa nada porque se lle faga unha pregunta”, “Zulima, vexo que les as mensaxes. Pregúntache Sofía varias veces que se é esa empresa de paquetería. Xa nos dis, grazas”, “Zulima, ocúpate ti persoalmente, insisto, é a miña decisión e a de Borja”). Ante estes requirimentos, unha das traballadoras alegou no proceso que o empresario esixía dela unha dispoñibilidade continua, pois as comunicacións tiñan lugar fóra da súa xornada, vulnerando, por iso, o seu dereito á desconexión dixital. A pesar do alegado pola traballadora, o TSX entendeu que no caso concreto non podía entenderse vulnerado tal dereito por dous motivos. En primeiro lugar, porque as conversacións non eran frecuentes “numericamente falando”. En segundo lugar, porque era comprensible que as mensaxes se enviasen fóra da súa xornada, tendo en conta que no grupo de Whatsapp estaban integrados outros traballadores con horarios diferentes aos da demandante. O TSX apreciou que, en determinadas ocasións, o empresario si lle facía preguntas directas á traballadora no grupo, salientando, mesmo, o feito de que esta lese as mensaxes e non contestase. Con todo, a xuízo do Tribunal, non se trataba de ningún requirimento que esixise unha resposta inmediata, do mesmo xeito que non recaía sobre a traballadora unha orde de manterse conectada nin de estar integrada no referido grupo de Whatsapp.

Segundo o TSX, tamén era importante o contexto no que se producían esas conversacións pola aplicación de mensaxería instantánea. A traballadora demandante era a única que prestara servizos con anterioridade na empresa, antes do traspaso do negocio ao novo empresario. Por esa razón, era lóxico que este último lle fixese algunhas preguntas a ela e non a outros traballadores do grupo.

3. FIXEZA DOS APROBADOS SEN PRAZA. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 12 DE SETEMBRO DE 2022 (REC. 4570/2021)

A figura do indefinido non fixo foi creada pola doutrina xudicial coa finalidade de dar resposta á confrontación de dous principios: a estabilidade no emprego e o acceso ao emprego público. Os tribunais non cesaron no estudo de tal categoría, debendo delimitar a fixeza e os dereitos atribuídos a este tipo de traballadores fronte a procesos de consolidación do emprego temporal. Así se fixo, entre outras, na sentenza do TSX de Galicia do 12 de setembro de 2022.

No ano 2009, o traballador en cuestión foi declarado xudicialmente indefinido non fixo dunha entidade de sector público cuxo acceso se rexía polos principios de igualdade, mérito e capacidade. A referida empresa convocou no ano 2011 un concurso oposición de consolidación de emprego temporal para a adquisición de praza fixa. O traballador participou no dito proceso, aínda que non obtivo a correspondente praza. Así as cousas, este último demandou á entidade, solicitando que se declarase que a relación laboral que unía a ambos era de natureza fixa dende o 2002, ano no que comezou a prestar os servizos. O traballador consideraba que si superara o proceso selectivo para persoal fixo a pesar de que a entidade non lle outorgou praza, e que se daban por cumpridos, en consecuencia, os principios de igualdade, mérito e capacidade, necesarios para a declaración de fixeza. Tras ser desestimada a súa pretensión en primeira instancia, o traballador recorreu en suplicación ante o TSX de Galicia; tribunal que, finalmente, compartiu o criterio do órgano xurisdiccional inferior. Segundo o Tribunal, para adquirir a condición de fixo no emprego público é necesario que se supere un proceso selectivo para o persoal laboral fixo. Trátase, con todo, dun principio que non concorre en dous supostos. En primeiro lugar, cando o traballador temporal superase un proceso selectivo para a cobertura de prazas fixas sen obter praza, sempre que a posterior contratación temporal sexa fraudulenta ou abusiva. En segundo lugar,

cando se produza, baixo determinadas circunstancias, unha remunicipalización de servizos. O traballador pretendía que lle fose de aplicación a primeira excepción comentada. Non obstante, o Tribunal considerou que esta non era aplicable ao caso, pois a participación do traballador no proceso de selección non fora previa á súa contratación fraudulenta. Pola contra, participou dous anos despois de ser recualificado como persoal indefinido non fixo. Ademais, o Tribunal considerou que, no caso concreto, o traballador non superara o proceso selectivo, pois nas bases dispoñíase expresamente que os tribunais do concurso non podían declarar que superara un proceso de selección un número superior de aspirantes que prazas convocadas para cada categoría. O traballador alcanzara o posto número 44, sendo 15 unicamente as prazas a cubrir.

4. EXTERNALIZACIÓN POR CAUSAS ORGANIZATIVAS. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 21 DE SETEMBRO DE 2022 (REC. 3320/2022)

A externalización empresarial de servizos, como manifestación da descentralización produtiva, ofrece determinadas vantaxes para os empresarios, destacando, a este respecto, a especialización das empresas contratistas e o abaratamento dos custos de recursos humanos. Non obstante, a externalización tamén provoca a supresión de tarefas que, ata ese momento, eran desempeñadas polos traballadores da empresa, o que conduce, en determinadas situacións, ao despedimento obxectivo destes últimos. Así o mostra a sentenza do TSX de Galicia do 21 de setembro de 2022.

O traballador afectado pola externalización viña prestando servizos como contable nun colexio profesional dende 1996. Ademais, en decembro de 2019, fora elixido delegado de persoal polo sindicato CSIF, tras as eleccións sindicais celebradas na empresa. O colexio contratara a unha asesoría para que esta realizase unha serie de auditorías e elaborase propostas para mellorar a xestión administrativa da empresa.

Entre as aludidas propostas, a asesoría destacou a necesidade de externalizar os servizos de contabilidade, pois iso redundaría nun aforro de custos que permitiría, ao cabo, optimizar os servizos ofrecidos aos colexiados. A xunta do colexio adoptou por maioría a proposta da asesoría e decidiu externalizar o servizo de contabilidade, procedendo, con iso, ao despedimento obxectivo do traballador, por causa organizativa.

O traballador demandou á empresa solicitando a improcedencia do despedimento, por entender que os feitos non podían englobarse dentro do que o art. 53.1 do Estatuto dos traballadores entende por causas organizativas. Ademais, alegaba que tal aforro de custos, para que fose xustificativo do despedimento, debía estar aparelado a unha situación económica de perdas ou contribuír á viabilidade do colexio, circunstancias estas que foran omitidas na carta de despedimento.

Segundo o TSX de Galicia, na relación entre a externalización e despedimento obxectivo cabe distinguir dous casos. En primeiro lugar, atoparíanse os casos nos que a externalización “opera como solución a unha situación económica negativa”, sendo esta última a que, por si mesma, xustificaría un despedimento obxectivo por causas económicas. En segundo lugar, atoparíanse os casos nos que, á marxe dunha situación económica negativa, a empresa decide externalizar os servizos. Nestes supostos, a decisión da empresa encaixaría dentro das causas organizativas que xustifican un despedimento obxectivo, aínda que a externalización debería cumprir determinados requisitos. Segundo afirmou o tribunal, sería necesario que a descentralización constituíse “unha medida racional en termos de eficacia da organización produtiva e non un simple medio para lograr un incremento do beneficio empresarial” e que, á súa vez, provocase “unha redución real das necesidades de man de obra, de modo que a medida (o despedimento) permitise manter ou restablecer a

equivalencia entre as novas esixencias e o persoal contratado para atendelas”.

No caso concreto, o TSX examinou o impacto da externalización sobre o posto de traballo do traballador afectado, afirmando que aquela viñera a suprimir as súas principais funcións. Así mesmo, o Tribunal tamén comprobou que a externalización supoñía unha mellor xestión e eficiencia dos recursos para facer fronte aos fins sociais, na medida en que o colexio, a pesar de ser unha entidade sen ánimo de lucro, debía prestar servizos aos seus colexiados da forma máis eficiente posible (formación continua, control da práctica profesional etc.). Polo anterior, o TSX desestimou o recurso interposto polo traballador e confirmou, dese modo, a procedencia do despedimento.

5. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE PARENTESCO. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 7 DE DECEMBRO DE 2022 (REC. 5479/2022)

A discriminación por razón de parentesco no ámbito das relacións de traballo non é habitual, especialmente se se compara tal causa con outras que recibiron unha especial atención por parte da doutrina xudicial e xurídica, como o xénero ou a discapacidade. Con todo, aquela pode aparecer con gran nitidez en empresas familiares e de reducido tamaño, onde as relacións de parentesco unen a varios traballadores.

A sentenza do TSX de Galicia do 7 de decembro de 2022 achega unha rigorosa análise da discriminación por parentesco, establecendo o seu concepto e os seus límites. No caso concreto, o TSX axuizou o despedimento disciplinario dun traballador “contratado en representación da empresa por quen era e é a súa parella, xerente da devandita empresa”. O motivo do despedimento, segundo a carta, era a diminución continuada e voluntaria do rendemento do traballador durante os últimos catro meses, ao non alcanzar os obxectivos mínimos previstos por esta organización. Non obstante, o traballador alegou que ese despedimento

atendía, realmente, a unha política empresarial tendente a expulsar da empresa os traballadores que eran familiares de persoas vinculadas ao círculo societario. Por iso, o traballador demandou á empresa, solicitando que o seu despedimento fose declarado nulo por discriminación por razón de parentesco. Posteriormente, interpuxo recurso de suplicación contra a sentenza de instancia que desestimou a súa pretensión.

O TSX de Galicia destacou nas súas primeiras observacións que a discriminación por razón de parentesco non aparece expresamente recollida no art. 14 da Constitución Española nin no art. 2 da Lei 15/2022, integral para a igualdade de trato ou non discriminación. Ademais, segundo o tribunal, tal causa de discriminación non podería ter encaixe na cláusula xeral de peche de ambos os artigos, en virtude da cal se prohiben os actos discriminatorios por razón de "calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social". Iso é así porque, a xuízo do TSX, as causas de discriminación axuizadas polos textos legais xa referidos "sempre encobren un prexuízo contra persoas ou colectivos, mentres que o parentesco non é unha condición ou circunstancia persoal ou social que, en si mesma considerada, encubra un prexuízo contra persoas ou colectivos".

Sen prexuízo do anterior, o TSX trouxo a colación o art. 17 do Estatuto dos traballadores, onde si aparece recollida de forma expresa a prohibición de discriminación, directa ou indirecta, que atenda a "vínculos de parentesco con persoas pertencentes a ou relacionadas coa empresa". O Tribunal evocou as orixes e a finalidade do citado precepto, dirixido a "acabar coas cláusulas de reserva ou preferencia de contratación dos parentes das persoas traballadoras habituais nas regulamentacións e ordenanzas franquistas".

O fundamento legal (e non constitucional) da referida causa de discriminación atribúe a esta última un réxime xurídico específico. O TSX considerou que a procedencia dun despedimento pluricausal, no que concorran causas disciplinarias e causas vinculadas a discriminación por

parentesco, esixe que o xulgador chegue á convicción de que o despedimento “é absolutamente estraño a unha conduta anticonstitucional”, estimando que este “tería lugar de xeito verosímil, en todo caso, por existir causas suficientes, reais e serias”, á marxe da causa discriminatoria implicada.

No caso concreto, no despedimento do traballador estaban presentes dúas circunstancias: a de ser parella sentimental da xestora da empresa e a do seu baixo rendemento. En calquera caso, o Tribunal considerou que tras a decisión extintiva non subxacía unha finalidade discriminatoria, pois foi o baixo rendemento o que determinou, de forma directa, a súa saída da empresa, tal e como acreditou esta última no proceso. Concluíu o TSX que “unha solución diferente determinaría que quen foi contratado precisamente pola súa vinculación por parentesco acabase blindado fronte a sancións por incumprimentos laborais, cunha consecuencia diferente á que historicamente xustificou a introdución do parentesco como causa de discriminación no artigo 17 do ET”. Atendendo ao anterior, o TSX declarou que o despedimento non era discriminatorio, confirmando, así, a sentenza de instancia.

6. PERSPECTIVA DE XÉNERO NA CUALIFICACIÓN. SENTENZA DO TSX DE GALICIA DO 15 DE SETEMBRO DE 2022 (REC. 3319/2022)

En ocasións, a procura da igualdade formal require que os xuíces e tribunais integren a perspectiva de xénero no seu razoamento. Cada vez son máis numerosas as sentenzas do Tribunal Supremo e dos tribunais superiores de xustiza que recolleron o disposto no art. 4 da Lei orgánica 3/2007, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, integrando o principio de igualdade de trato e de oportunidades entre homes e mulleres na interpretación e aplicación das normas xurídicas.

A perspectiva de xénero debe aplicarse de maneira transversal no Dereito do Traballo, abarcando non só as medidas que regulen aspectos concretos da conciliación ou

do coidado dos fillos, senón todas as institucións xurídicas que compoñen aquel. Entre elas atópase, por exemplo, a cualificación xurídica das infraccións cometidas por un traballador que atenta contra a dignidade dunha compañeira. Ese é, en concreto, o suposto de feito da sentenza do TSX de Galicia do 15 de setembro de 2022.

En novembro de 2020, unha traballadora presentou ante a dirección da empresa unha queixa na que manifestaba, entre outras consideracións, que un dos seus compañeiros lle fixera comentarios inadecuados a través da aplicación informática Teams, posta a disposición pola empresa para que os traballadores puidesen comunicarse durante os días de teletraballo. O referido traballador acabou unha discusión establecida coa traballadora afectada insinuando que esta podía optar a un ascenso grazas a favores sexuais. Para iso, utilizou a expresión "promotion canapé". Cabe destacar, ademais, que os traballadores mantiñan as súas conversacións en francés, polo que ambos coñecían perfectamente cal era o significado atribuíble a esa frase.

Tras o exame do convenio colectivo e do código ético da compañía, esta última imputoulle ao traballador unha infracción moi grave e impúxolle unha sanción consistente na suspensión de emprego e soldo dun mes. Non obstante, o traballador demandou á empresa por considerar que cualificaran a súa conduta de forma incorrecta e que os actos que se lle imputaban non constituían unha infracción moi grave, senón unha infracción leve, pois o referido comentario realizouse de forma puntual, nunha conversación distendida, sen publicidade e sen intencionalidade ofensiva ou sexual.

Tras a desestimación da súa pretensión en primeira instancia, o traballador acudiu ao TSX en suplicación. Segundo o Tribunal, a gravidade das ofensas verbais debía ser axuizada no seu contexto, analizando as expresións utilizadas, a finalidade perseguida, a ocasión na que se verten os comentarios, a súa proxección dentro do ámbito laboral e as circunstancias concorrentes nas persoas implicadas. No caso

concreto, o TSX si apreciou unha gravidade na infracción cometida por cinco razóns:

- 1) Porque o comentario foi un acto verbal de natureza sexual que produciu o efecto de atentar contra a dignidade da traballadora, na medida en que se cuestionou o seu dereito a poder promocionar doutro xeito que non fose a cambio de "favor sexual", ao poñer a énfase na súa condición de muller.
- 2) Porque o traballador era delegado sindical e membro do comité de empresa, e a súa principal misión era, por tanto, a de velar polos dereitos fundamentais dos traballadores na empresa e cumprir o código ético da empresa.
- 3) Porque a mensaxe enviouse a través dun medio posto a disposición pola empresa.
- 4) Porque o comentario constituíu un acto de acoso por razón de sexo dende un punto de vista obxectivo e subxectivo. Segundo o TSX, detrás da expresión animouse a unha compañeira a realizar un acto cun terceiro que, en si mesmo, era un acoso sexual, pois se trataría dun intercambio sexual a cambio dun ascenso.
- 5) Porque o comentario foi a reacción do traballador á distribución do traballo que realizou a traballadora.

A xuízo do TSX, a perspectiva de xénero tamén obrigaba a dar por correcta a cualificación da empresa, pois resultaba necesaria para previr comportamentos "nos que, nun contexto en que a desigualdade estrutural dificulta a promoción profesional das mulleres, se apunte ou se suxira a unha traballadora que utilice favores sexuais para obter un recoñecemento laboral (...), aptos para xerar unha situación de menoscabo da dignidade da afectada".

Ademais, dentro da tipicidade, a sanción imposta pola empresa xa tivera en conta o carácter puntual e sen publicidade como circunstancias atenuantes. O convenio colectivo prevía sancións máis graves para ese tipo de condutas. Por todo iso, o TSX desestimou o recurso do traballador, confirmando na súa integridade a sentenza de instancia.