

DERECHO INDIVIDUAL

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

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

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

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

Esta recopilación jurisprudencial recoge seis sentencias de TSJ de Galicia dictadas en el segundo semestre de 2022, relativas al derecho individual del trabajo. Más allá de la anterior categorización, esas sentencias no tienen un hilo común desde el punto de vista de las instituciones jurídicas analizadas en ellas. Lo anterior no niega, en todo caso, su interés doctrinal y jurisprudencial, pues los referidos pronunciamientos recogen planteamientos novedosos.

1. VALORACIÓN DE LAS CONVERSACIONES A TRAVÉS DE APLICACIONES DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA EN EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 2022 (REC. 6171/2022)

El error judicial en la valoración de las pruebas documentales o periciales constituye uno de los motivos que permiten a las partes recurrir en suplicación, tal y como dispone el art. 193

de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El avance tecnológico ha obligado a determinar qué se entiende por prueba documental, siendo necesario deslindar el referido tipo de prueba de otros medios recogidos en el art. 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, centrados estos últimos, fundamentalmente, en los nuevos medios de comunicación. Algunas resoluciones judiciales han analizado el valor que debe otorgárseles a los chats de aplicaciones móviles (Whatsapp, Telegram, Zoom...) como medio o como tipo de prueba. Entre tales resoluciones se encuentra, precisamente, la sentencia del TSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2022.

Los hechos de la citada sentencia traen causa de una sanción impuesta por la empresa a una trabajadora que se había ausentado de su puesto de trabajo de forma injustificada durante tres días alternos. La trabajadora, que había iniciado un proceso de incapacidad temporal días después de tales ausencias, debido a un trastorno depresivo "en relación con problemática laboral", demandó a la empresa por vulneración de sus derechos fundamentales, siendo desestimada su pretensión de tutela en primera instancia. Ya en suplicación, la recurrente quería modificar los hechos probados, sirviéndose, para ello, de unas comunicaciones que recibió a través de Whatsapp por parte de la empresa y que evidenciaban lo que, para la trabajadora, constituía una situación de acoso ("ponte guapa", "cómo estás aparte de buena", "tu foto de perfil no está nada mal", "uf de 17 cómo estarías").

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia declaró en su sentencia de 17 de diciembre de 2019 que las conversaciones de Whatsapp no eran un instrumento hábil para pretender la modificación de los hechos en suplicación, en la medida en que no constituían un documento, ni siquiera electrónico o informático. Sin perjuicio de lo anterior, también admitió que la prueba documental debía interpretarse en un sentido amplio, so pena de que la revisión fáctica quedase vacía de contenido ante el avance de las nuevas tecnologías (sentencia de 23 de julio de 2020).

A juicio del TSJ, la transcripción de mensajería instantánea no es válida si no se apoya en un documento o prueba pericial. Por ello, el TSJ rechazó la pretensión de la

trabajadora de modificar los hechos probados en virtud de esas conversaciones de Whatsapp, pues los soportes en los que se transcribían los referidos mensajes adolecían de defectos. En concreto, no acreditaban debida e individualmente la identificación de la persona remitente, revelando, a juicio del tribunal, “un déficit de autenticación subjetiva del emisor de los Whatsapp”. Además, tampoco constaba la relación laboral entre el ignorado remitente y la trabajadora lo que, conforme a la reciente jurisprudencia, era incompatible con la pretensión fáctica.

2. LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y LOS GRUPOS DE WHATSAPP. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2022 (REC. 4175/2022)

Todas las personas trabajadoras tienen derecho a la desconexión digital, incluyendo aquellas que prestan servicios a distancia. Así lo recoge el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales y el artículo 18 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia. El reconocimiento de este derecho cobra especial relieve en un contexto en el que la tecnología permite una conectividad permanente de los trabajadores, pues la inadecuada gestión de los nuevos medios de comunicación difumina la línea entre el tiempo de trabajo y el tiempo personal o de descanso. El derecho a la desconexión digital no solo se ve amenazado por el correo electrónico, sino también por otros canales de comunicación que establece la empresa con los trabajadores, destacando, al respecto, los grupos de Whatsapp. Las conversaciones que se mantienen a través de tales grupos se suelen realizar en momentos dispares del día, siendo difícil que estos coincidan con el horario de trabajo de cada uno de los integrantes. Por ello, debe hacerse un esfuerzo para delimitar cuándo se vulnera o no el derecho a la desconexión de los trabajadores que reciben esos mensajes, fuera de su jornada. A tal delimitación se dedica parte de la sentencia del TSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2022.

En el caso concreto, el empresario, ante unos resultados económicos distintos a los esperados, se dirigió a sus trabajadores a través del grupo de Whatsapp con una serie

de preguntas o comentarios (“Estamos en un grupo de wasap en el que Zulima también está y lee todo, no pasa nada porque se le haga una pregunta”, “Zulima, veo que lees los mensajes. Te pregunta Sofía varias veces que si es esa empresa de paquetería. Ya nos dices, gracias”, “Zulima, encárgate tú personalmente, insisto, es mi decisión y la de Borja”). Ante tales requerimientos, una de las trabajadoras alegó en el proceso que el empresario exigía de ella una disponibilidad continua, pues las comunicaciones tenían lugar fuera de su jornada, vulnerando, por ello, su derecho a la desconexión digital. Pese a lo alegado por la trabajadora, el TSJ entendió que en el caso concreto no podía entenderse vulnerado tal derecho por dos motivos. En primer lugar, porque las conversaciones no eran frecuentes “numéricamente hablando”. En segundo lugar, porque era comprensible que los mensajes se enviasen fuera de su jornada, teniendo en cuenta que en el grupo de Whatsapp estaban integrados otros trabajadores con horarios diferentes a los de la demandante. El TSJ apreció que, en determinadas ocasiones, el empresario sí le hacía preguntas directas a la trabajadora en el grupo, enfatizando, incluso, el hecho de que esta leyese los mensajes y no contestase. Sin embargo, a juicio del Tribunal, no se trataba de ningún requerimiento que exigiese una respuesta inmediata, del mismo modo que no recaía sobre la trabajadora una orden de mantenerse conectada ni de estar integrada en el referido grupo de Whatsapp.

Según el TSJ, también era importante el contexto en el que se producían tales conversaciones por la aplicación de mensajería instantánea. La trabajadora demandante era la única que había prestado servicios con anterioridad en la empresa, antes del traspaso del negocio hacia el nuevo empresario. Por esa razón, era lógico que este último le hiciese algunas preguntas a ella y no a otros trabajadores del grupo.

3. FIJEZA DE LOS APROBADOS SIN PLAZA. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2022 (REC. 4570/2021)

La figura del indefinido no fijo fue creada por la doctrina judicial con la finalidad de dar respuesta a la confrontación de dos principios: la estabilidad en el empleo y el acceso al empleo público. Los tribunales no han cesado en el estudio de tal categoría, debiendo delimitar la fijeza y los derechos atribuidos a tal tipo de trabajadores frente a procesos de consolidación del empleo temporal. Así se ha hecho, entre otras, en la sentencia del TSJ de Galicia de 12 de septiembre de 2022.

En el año 2009, el trabajador en cuestión fue declarado judicialmente indefinido no fijo de una entidad de sector público cuyo acceso se regía por los principios de igualdad, mérito y capacidad. La referida empresa convocó en el año 2011 un concurso oposición de consolidación de empleo temporal para la adquisición de plaza fija. El trabajador participó en dicho proceso, si bien no obtuvo la correspondiente plaza. Así las cosas, este último demandó a la entidad, solicitando que se declarase que la relación laboral que unía a ambos era de naturaleza fija desde el 2002, año en el que comenzó a prestar los servicios. El trabajador consideraba que sí había superado el proceso selectivo para personal fijo a pesar de que la entidad no le hubiese otorgado plaza, dándose por cumplidos, en consecuencia, los principios de igualdad, mérito y capacidad, necesarios para la declaración de fijeza.

Tras ser desestimada su pretensión en primera instancia, el trabajador recurrió en suplicación ante el TSJ de Galicia; tribunal que, finalmente, compartió el criterio del órgano jurisdiccional inferior. Según el Tribunal, para adquirir la condición de fijo en el empleo público es necesario que se haya superado un proceso selectivo para el personal laboral fijo. Se trata, sin embargo, de un principio que no concurre en dos supuestos. En primer lugar, cuando el trabajador temporal hubiese superado un proceso selectivo para la cobertura de plazas fijas sin obtener plaza, siempre que la posterior contratación temporal sea fraudulenta o abusiva. En segundo lugar, cuando se produzca, bajo determinadas circunstancias, una remunicipalización de servicios. El trabajador pretendía que le fuese de aplicación la primera excepción comentada. Sin embargo, el Tribunal consideró

que esta no era aplicable al caso, pues la participación del trabajador en el proceso de selección no había sido previa a su contratación fraudulenta. Por el contrario, participó dos años después de haber sido recalificado como personal indefinido no fijo. Además, el Tribunal consideró que, en el caso concreto, el trabajador no había superado el proceso selectivo, pues en las bases se disponía expresamente que los tribunales del concurso no podían declarar que había superado un proceso de selección un número superior de aspirantes que plazas convocadas para cada categoría. El trabajador había alcanzado el puesto número 44, siendo 15 únicamente las plazas a cubrir.

4. EXTERNALIZACIÓN POR CAUSAS ORGANIZATIVAS. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022 (REC. 3320/2022)

La externalización empresarial de servicios, como manifestación de la descentralización productiva, ofrece determinadas ventajas para los empresarios, destacando, a este respecto, la especialización de las empresas contratistas y el abaratamiento de los costes de recursos humanos. No obstante, la externalización también provoca la supresión de tareas que, hasta ese momento, eran desempeñadas por los trabajadores de la empresa, lo que conduce, en determinadas situaciones, al despido objetivo de estos últimos. Así lo muestra la sentencia del TSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2022.

El trabajador afectado por la externalización venía prestando servicios como contable en un colegio profesional desde 1996. Además, en diciembre de 2019, había sido elegido delegado de personal por el sindicato CSIF, tras las elecciones sindicales celebradas en la empresa. El colegio había contratado a una asesoría para que esta realizase una serie de auditorías y elaborase propuestas para mejorar la gestión administrativa de la empresa. Entre las aludidas propuestas, la asesoría destacó la necesidad de externalizar los servicios de contabilidad, pues ello redundaría en un ahorro de costes que permitiría, a la postre, optimizar los servicios ofrecidos a los colegiados. La junta del colegio adoptó por mayoría la propuesta de la asesoría y decidió externalizar el servicio de

contabilidad, procediendo, con ello, al despido objetivo del trabajador, por causa organizativa.

El trabajador demandó a la empresa solicitando la improcedencia del despido, por entender que los hechos no podían englobarse dentro de lo que el art. 53.1 del Estatuto de los Trabajadores entiende por causas organizativas. Además, alegaba que tal ahorro de costes, para que fuese justificativo del despido, debía estar aparejado a una situación económica de pérdidas o contribuir a la viabilidad del colegio, siendo omitidas tales circunstancias en la carta de despido.

Según el TSJ de Galicia, en la relación entre la externalización y despido objetivo cabe distinguir dos casos. En primer lugar, se encontrarían los casos en los que la externalización "opera como solución a una situación económica negativa", siendo esta última la que, por sí misma, justificaría un despido objetivo por causas económicas. En segundo lugar, se encontrarían los casos en los que, al margen de una situación económica negativa, la empresa decide externalizar los servicios. En tales supuestos, la decisión de la empresa encajaría dentro de las causas organizativas que justifican un despido objetivo, si bien tal externalización debería cumplir determinados requisitos. Según afirmó el tribunal, sería necesario que la descentralización constituyese "una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial" y que, a su vez, provocase "una reducción real de las necesidades de mano de obra, de modo que la medida (el despido) permitiese mantener o restablecer la equivalencia entre las nuevas exigencias y el personal contratado para atenderlas".

En el caso concreto, el TSJ examinó el impacto de la externalización sobre el puesto de trabajo del trabajador afectado, afirmando que aquella había venido a suprimir sus principales funciones. Asimismo, el Tribunal también comprobó que la externalización suponía una mejor gestión y eficiencia de los recursos para hacer frente a los fines sociales, en la medida en que el colegio, pese a ser una entidad sin ánimo de lucro, debía prestar servicios a sus colegiados de la forma más eficiente posible (formación

continua, control de la práctica profesional, etc.). Por lo anterior, el TSJ desestimó el recurso interpuesto por el trabajador, confirmando, de ese modo, la procedencia del despido.

5. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE PARENTESCO. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2022 (REC. 5479/2022)

La discriminación por razón de parentesco en el ámbito de las relaciones de trabajo no es habitual, especialmente si se compara tal causa con otras que han recibido una especial atención por parte de la doctrina judicial y jurídica, como el género o la discapacidad. Sin embargo, aquella puede aparecer con gran nitidez en empresas familiares y de reducido tamaño, donde las relaciones de parentesco unen a varios trabajadores.

La sentencia del TSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2022 aporta un riguroso análisis de la discriminación por parentesco, estableciendo su concepto y sus límites. En el caso concreto, el TSJ enjuició el despido disciplinario de un trabajador “contratado en representación de la empresa por quien era y es su pareja, gerente de dicha empresa”. El motivo del despido, según la carta, era la disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajador durante los últimos cuatro meses, al no alcanzar los objetivos mínimos previstos por esta organización. Sin embargo, el trabajador alegó que ese despido atendía, realmente, a una política empresarial tendente a expulsar de la empresa a los trabajadores que eran familiares de personas vinculadas al círculo societario. Por ello, el trabajador demandó a la empresa, solicitando que su despido fuese declarado nulo por discriminación por razón de parentesco. Posteriormente, interpuso recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que desestimó su pretensión.

El TSJ de Galicia destacó en sus primeras observaciones que la discriminación por razón de parentesco no aparece expresamente recogida en el art. 14 de la Constitución Española ni en el art. 2 de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato o no discriminación. Además, según el tribunal, tal causa de discriminación no podría tener encaje

en la cláusula general de cierre de ambos artículos, en virtud de la cual se prohíben los actos discriminatorios por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Ello es así porque, a juicio del TSJ, las causas de discriminación enjuiciadas por los textos legales ya referidos "siempre encubren un prejuicio contra personas o colectivos, mientras que el parentesco no es una condición o circunstancia personal o social que, en sí misma considerada, encubra un prejuicio contra personas o colectivos".

Sin perjuicio de lo anterior, el TSJ trajo a colación el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, donde sí aparece recogida de forma expresa la prohibición de discriminación, directa o indirecta, que atienda a "vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa". El Tribunal evocó los orígenes y la finalidad del citado precepto, dirigido a "acabar con las cláusulas de reserva o preferencia de contratación de los parientes de las personas trabajadoras habituales en las reglamentaciones y ordenanzas franquistas".

El fundamento legal (y no constitucional) de la referida causa de discriminación atribuye a esta última un régimen jurídico específico. El TSJ consideró que la procedencia de un despido pluricausal, en el que concurren causas disciplinarias y causas vinculadas la discriminación por parentesco, exige que el juzgador llegue a la convicción de que el despido "es absolutamente extraño a una conducta anticonstitucional", estimando que este "habría tenido lugar verosímelmente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias", al margen de la causa discriminatoria implicada.

En el caso concreto, en el despido del trabajador estaban presentes dos circunstancias: la de ser pareja sentimental de la gestora de la empresa y la de su bajo rendimiento. En cualquier caso, el Tribunal consideró que tras la decisión extintiva no subyacía una finalidad discriminatoria, pues fue el bajo rendimiento el que determinó, de forma directa, su salida de la empresa, tal y como acreditó esta última en el proceso. Concluyó el TSJ que "una solución diferente determinaría que quien fue contratado precisamente por su vinculación por parentesco acabase blindado frente a sanciones por incumplimientos laborales, con una

consecuencia diferente a la que históricamente justificó la introducción del parentesco como causa de discriminación en el artículo 17 del ET". Atendiendo a lo anterior, el TSJ declaró que el despido no era discriminatorio, confirmando, así, la sentencia de instancia.

6. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CALIFICACIÓN. Sentencia del TSJ de Galicia de 15 de septiembre de 2022 (rec. 3319/2022)

En ocasiones, la búsqueda de la igualdad formal requiere que los jueces y tribunales integren la perspectiva de género en su razonamiento. Cada vez son más numerosas las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que han recogido lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, integrando el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

La perspectiva de género debe aplicarse de manera transversal en el Derecho del Trabajo, abarcando no solo las medidas que regulen aspectos concretos de la conciliación o del cuidado de los hijos, sino todas las instituciones jurídicas que componen aquel. Entre ellas se encuentra, por ejemplo, la calificación jurídica de las infracciones cometidas por un trabajador que atenta contra la dignidad de una compañera. Ese es, en concreto, el supuesto de hecho de la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de septiembre de 2022.

En noviembre de 2020, una trabajadora presentó una queja ante la dirección de la empresa manifestando, entre otras consideraciones, que uno de sus compañeros le había hecho comentarios inadecuados a través de la aplicación informática Teams, puesta a disposición por la empresa para que los trabajadores pudiesen comunicarse durante los días de teletrabajo. El referido trabajador acabó una discusión entablada con la trabajadora afectada insinuando que esta podía optar a un ascenso gracias a favores sexuales. Para ello, utilizó la expresión "promotion canapé". Cabe destacar, además, que los trabajadores mantenían sus conversaciones en francés, por lo que ambos conocían perfectamente cuál era el significado atribuible a tal frase.

Tras el examen del convenio colectivo y del código ético de la compañía, esta última le imputó al trabajador una infracción muy grave y le impuso una sanción consistente en la suspensión de empleo y sueldo de un mes. No obstante, el trabajador demandó a la empresa por considerar que habían calificado su conducta de forma incorrecta y que los actos que se le imputaban no constituían una infracción muy grave, sino una infracción leve, pues el referido comentario se había realizado de forma puntual, en una conversación distendida, sin publicidad y sin intencionalidad ofensiva o sexual.

Tras la desestimación de su pretensión en primera instancia, el trabajador acudió al TSJ en suplicación. Según el Tribunal, la gravedad de las ofensas verbales debía ser enjuiciada en su contexto, analizando las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida, la ocasión en la que se vierten los comentarios, su proyección dentro del ámbito laboral y las circunstancias concurrentes en las personas implicadas. En el caso concreto, el TSJ sí apreció una gravedad en la infracción cometida por cinco razones:

- 1) Porque el comentario fue un acto verbal de naturaleza sexual que produjo el efecto de atentar contra la dignidad de la trabajadora, en la medida en que se cuestionó su derecho a poder promocionar de otro modo que no fuese a cambio de "favor sexual", poniendo el énfasis en su condición de mujer.
- 2) Porque el trabajador era delegado sindical y miembro del comité de empresa, siendo su principal misión la de velar por los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa y cumplir el código ético de la empresa.
- 3) Porque el mensaje se envió a través de un medio puesto a disposición por la empresa.
- 4) Porque el comentario constituyó un acto de acoso por razón de sexo desde un punto de vista objetivo y subjetivo. Según el TSJ, detrás de la expresión se animó a una compañera a realizar un acto con un tercero que, en sí mismo, era un acoso sexual, pues se trataría de un intercambio sexual a cambio de un ascenso.
- 5) Porque el comentario fue la reacción del trabajador a la distribución del trabajo que realizó la trabajadora.

A juicio del TSJ, la perspectiva de género también obligaba a dar por correcta la calificación de la empresa, pues resultaba

necesaria para prevenir comportamientos “en los que, en un contexto en que la desigualdad estructural dificulta la promoción profesional de las mujeres, se apunte o se sugiera a una trabajadora que utilice favores sexuales para obtener un reconocimiento laboral (...), aptos para generar una situación de menoscabo de la dignidad de la afectada”.

Además, dentro de la tipicidad, la sanción impuesta por la empresa ya había tenido en cuenta el carácter puntual y sin publicidad como circunstancias atenuantes. El convenio colectivo preveía sanciones más graves para ese tipo de conductas. Por todo ello, el TSJ desestimó el recurso del trabajador, confirmando en su integridad la sentencia de instancia.