

DERECHO INDIVIDUAL

LIDIA GIL OTERO

Personal Investigador en Formación (FPU)

Universidade de Santiago de Compostela

lidia.gil.tero@usc.es

Palabras clave: subrogación, transmisión de empresa, tiempo de trabajo, conciliación, reducción de jornada, libertad de expresión, derecho al honor, vacaciones.

Palabras chave: subrogación, transmisión de empresa, tempo de traballo, conciliación, redución de xornada, liberdade de expresión, dereito á honra, vacacións.

Keywords: subrogation, transfer of businesses, working time, conciliation, reduction of working hours, freedom of expression, right to honour, holiday.

Poco a poco, se va desplazando el impacto de la COVID-19 y vuelven a estar presentes en los tribunales las figuras más frecuentes de las relaciones laborales. Esta recopilación jurisprudencial da muestra de ello. En ella se recogen cinco sentencias de TSJ de Galicia, dictadas en el segundo semestre de 2021, sobre el derecho individual del trabajo. Más allá de esa categoría, esas sentencias no tienen un hilo común, desde el punto de vista del objeto tratado. Lo anterior no niega, en todo caso, su interés doctrinal y jurisprudencial. Son pronunciamientos que examinan instituciones tradicionales del derecho del trabajo a través de casos o planteamientos novedosos, ofreciendo, por ello, enfoques originales.

1. SUCESIÓN DE CONTRATAS Y SUBROGACIÓN: SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021 (REC. 4403/2021)

Gracias a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, los tribunales españoles han elaborado una extensa doctrina sobre la sucesión de contratas y la transmisión de empresas. A partir de *Somoza Hermo*¹, numerosas sentencias han delimitado la subrogación legal y la subrogación convencional, con un protagonismo casi exclusivo de las actividades desmaterializadas. A esas sentencias se une, ahora, el pronunciamiento del TSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2021. En él se aborda el obligatorio respeto de las condiciones laborales preexistentes de los trabajadores de la empresa saliente, al margen de lo dispuesto en el pliego de condiciones.

El caso enjuiciado por el TSJ de Galicia gira en torno a una sucesión de contratas. El servicio licitado era, en concreto, la conservación, mantenimiento y reparación de fuentes ornamentales, estanques y caídas de agua del Ayuntamiento de A Coruña. La empresa Angel Roade fue la adjudicataria del servicio hasta el 8 de octubre de 2020. Entre sus trabajadores se encontraba una técnica media, que estaba contratada a jornada completa y disfrutaba de una reducción de jornada por cuidado de menor. Una vez finalizada la concesión, el ayuntamiento adjudicó el servicio a la entidad SOCAMEX. El artículo 11 del convenio colectivo aplicable obliga a SOCAMEX a subrogarse en el personal de la anterior entidad, de acuerdo con lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas. En el anexo de personal a subrogar de ese pliego se contemplaba un técnico medio, cuya dedicación anterior debía ser del 50% de la jornada, y que, conforme al nuevo contrato de adjudicación, quedaba reducida al 20%. En virtud de esa disposición, la entidad SOCAMEX comunicó su subrogación a la técnica medio de Ángel Roade, limitándose, en todo caso, a esa jornada reducida del 20%.

En ese escenario, la trabajadora presentó demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo contra

¹ STJ 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo*, asunto C-60/17 (ECLI:EU:C:2018:559).

ambas empresas, solicitando que se le restituyese en las anteriores condiciones (jornada completa) y que se le abonasen las diferencias salariales por tal modificación. Su demanda fue desestimada en primera instancia, advirtiendo la sentencia que no cabía recurso de suplicación, al amparo de los arts. 138.6 y 191.2 e) de la LRJS. Según esos preceptos, ante una impugnación individual de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, solo cabe recurso cuando: 1) la impugnación individual se haya producido dentro de un proceso de modificación sustancial de carácter colectivo; 2) la impugnación individual sea ante un cambio de puesto o movilidad funcional y pueda acumularse a ella otra acción susceptible de recurso de suplicación (cantidades derivadas de tal modificación); 3) la impugnación individual se acumule a una pretensión de tutela de un derecho fundamental o libertad pública. El juzgado de primera instancia consideró que la situación de la trabajadora no era encuadrable en ninguna de esas opciones. No obstante, la trabajadora recurrió ante el TSJ, en virtud de los artículos 191.2 g) y 192.3 de la LRJS.

El TSJ examinó, en primer lugar, si era posible o no el acceso al recurso de suplicación. El tribunal consideró que la sentencia de instancia no tendría recurso según una lectura literal de los arts. 138.6 y 191.2 e) de la LRJS. Sin embargo, siguiendo la jurisprudencia del TS, esos preceptos debían leerse de forma integradora y "pro recurso". El tribunal afirmó que la modificación sustancial de condiciones de trabajo individual podía acceder al recurso cuando a la acción de impugnación se le acumulase otra acción indemnizatoria, en cuantía superior a 3.000 euros. En el caso concreto, la trabajadora percibía un salario de 1.436,80 euros que descendió a 212,67 euros, como consecuencia de la subrogación. Según el TSJ, la suma de las diferencias salariales en el caso concreto superaba los 3.000 euros, tal y como había reclamado la trabajadora. Por ello, admitió el acceso al recurso.

Dispuesto lo anterior, el TSJ valoró, en segundo lugar, si la subrogación se ceñía a los términos del convenio colectivo o si, por el contrario, entraba en juego la subrogación legal (art. 44 del ET), por aplicación de la doctrina *Somoza Hermo*.

El tribunal dispuso que la actividad transmitida descansaba fundamentalmente en la mano de obra. Llegó a esa conclusión tras ponderar los elementos del pliego. En él se recogía que el adjudicatario debía aportar medios materiales, técnicos y humanos, si bien el coste de la mano de obra era notablemente superior al coste de la maquinaria. Teniendo en cuenta que se trataba de una actividad desmaterializada y que, además, la empresa entrante había subrogado a todos los trabajadores de la anterior adjudicataria, a juicio del tribunal se activaba *ex lege* el art. 44 del ET, independientemente de que la subrogación se realizase por imposición del convenio colectivo.

Siendo de aplicación la subrogación legal, el TSJ entendió que la nueva adjudicataria debía subrogar a la técnica medio en las mismas condiciones en las que prestaba servicios para la empresa Ángel Roade, es decir, a jornada completa. Tras la subrogación, SOCAMEX podría haber reducido la jornada de la trabajadora a través de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. No obstante, al haberse subrogado solo respecto del 20% de la jornada, la empresa había realizado una modificación sustancial de condiciones de trabajo *de facto* que, como tal, debía ser declarada injustificada.

El TSJ declaró que debían reponerse el salario y la jornada que disfrutaba anteriormente la trabajadora. Sin embargo, rechazó la pretensión relativa a la antigüedad, basándose en la sentencia del TJ de 26 de marzo de 2020, *ISS Facility Services*, asunto C-344/18. Reconocerle ese derecho implicaría, según el tribunal, “invocar la sucesión para obtener una mejora de las condiciones de retribución o de las condiciones de trabajo, con ocasión de la transmisión de una empresa”.

2. PAUSA PARA EL BOCADILLO: ¿TIEMPO DE TRABAJO O DE DESCANSO? SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2021 (REC. 3584/2021)

El artículo 34.4 del ET reconoce a los trabajadores un periodo de descanso de quince minutos si su jornada diaria continuada excede de las seis horas. A pesar de que es un

precepto claro, en los últimos años ha crecido el número de sentencias sobre su interpretación y sobre la posibilidad de computar ese tiempo de descanso como tiempo de trabajo efectivo. La sentencia del TSJ de Galicia de 22 de octubre de 2021 ahonda en esa línea. En ella, se ha juzgado si unos trabajadores gozaban de una condición más beneficiosa por el hecho de que la empresa, desde hace años, no les descontase de su salario ni les hiciese recuperar el tiempo de descanso.

Los trabajadores de la empresa Formas Inoxman prestaban servicios en turnos continuados de mañana, tarde y noche. A lo largo de su jornada, disponían de una pausa “para el bocadillo” de veinte minutos y de una pausa “para el café” de cinco minutos. Esas pausas figuraban en los registros horarios digitales, implantados por la empresa en 2017.

El cómputo global de las horas de prestación de servicios efectivos no alcanzaba las ocho horas, pero la empresa nunca había exigido a los trabajadores las diferencias horarias. En todo caso, esa tolerancia empresarial chocaba con lo previsto en los contratos de trabajo suscritos entre 2012 y 2020. En ellos figuraba la siguiente cláusula adicional: “la jornada pactada se entiende de trabajo efectivo, de manera que todos los descansos y pausas que interrumpen la actividad productiva diaria no tendrán la consideración de tiempo de trabajo”.

La Confederación Intersindical Gallega presentó demanda en materia de conflicto colectivo. El sindicato entendía que, al margen de los contratos de trabajo, la tolerancia empresarial atribuía a los trabajadores una condición más beneficiosa y que, por ello, el tiempo de descanso debía ser computado como tiempo de trabajo efectivo. Desestimada la demanda en primera instancia, el sindicato interpuso recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia.

Para resolver el caso, el tribunal trajo a colación las sentencias más recientes sobre la materia² y examinó los dos preceptos clave: los arts. 3.1 c) y 34.4 del ET. Sin embargo, consideró que la solución se encontraba en los propios hechos

² Cfr. SAN 16 de septiembre de 2021 (rec. 39/2021).

probados. Según el tribunal, los contratos de trabajo son los que deben configurar la naturaleza de los tiempos de descanso. En el caso concreto, las cláusulas de los contratos no perdían eficacia por el hecho de que la empresa no hubiese exigido la extensión de la jornada ni el descuento salarial, para compensar esos tiempos de descanso. No exigir ningún tipo de compensación no convertía el tiempo de descanso en tiempo de trabajo, ya que la empresa, desde el año 2012, había dejado clara su intención. En consecuencia, los trabajadores de la empresa no gozaban de ninguna condición más beneficiosa. Sus descansos no computaban como tiempo de trabajo efectivo, independientemente de que la empresa no exigiese nada "a cambio".

3. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DERECHO AL HONOR DE LOS TRABAJADORES. SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2021 (REC. 4339/2021)

Los trabajadores tienen derecho a la consideración debida de su dignidad, según el art. 4.2 e) del ET. El derecho al honor es un derecho fundamental inespecífico y puede vulnerarse en el seno de una relación laboral, por la emisión de pensamientos, ideas u opiniones. No obstante, en una situación de tensión laboral, debe valorarse si esa intromisión en el honor del trabajador es ilegítima o, por el contrario, está protegida por la libertad de expresión.

La sentencia del TSJ de Galicia de 15 de noviembre de 2021 abordó esa cuestión en el marco de un despido disciplinario. El trabajador, conductor de autobuses escolares, había adoptado una conducta muy reprochable respecto de las menores que transportaba. A pesar de no estar permitido por la empresa, tenía el teléfono particular de algunas de ellas y las llamaba y mensajeara a menudo, por cuestiones totalmente ajena al servicio de transporte. Tras una serie de investigaciones, la jefa de personal de la empresa de conducción y dos representantes de los trabajadores se reunieron con el trabajador. Fue una reunión especialmente tensa, debido a la falta de cooperación del trabajador y los hechos que se le imputaban. En un momento de la conversación, la jefa de personal le dijo al trabajador: "para

mí, con la primera has hecho de libro, eres un depredador sexual... Tú, mierda para ti, con perdón. Vale, esto, te pido disculpas si estoy siendo grosera. Pido disculpas a todos, pero yo tengo una niña de 13 años". Finalmente, el trabajador acabó reconociendo los hechos y fue despedido disciplinariamente, por transgresión de la buena fe y abuso de confianza.

El trabajador presentó demanda contra la empresa, reclamando que su despido fuese declarado nulo o improcedente y que se le abonase una indemnización por daños y perjuicios, ya que, a su juicio, la jefa de personal había vulnerado su derecho al honor. Esa demanda fue estimada parcialmente en primera instancia. El juzgado declaró el despido improcedente, por incumplimiento de requisitos formales, pero absolió a la empresa y a la jefa de personal de todas las pretensiones deducidas en su contra. Contra esa sentencia interpusieron recurso de aplicación la empresa y el trabajador.

En el recurso de la empresa se denunció la aplicación indebida del convenio colectivo, estimando que el despido del trabajador debía ser declarado procedente. El art. 8 del anexo II del convenio colectivo aplicable disponía que en todas las notificaciones de sanción debía figurar el siguiente pie explicativo: "Esta sanción podrá ser recurrida ante a xurisdicción social no prazo de 20 días hábiles, nos termos do apartado a)". En la carta de despido del trabajador no figuraba esa nota. Pese a ello, el TSJ consideró que dicho precepto no era aplicable al caso concreto y que el despido debía ser declarado procedente. Se trataba de una disposición que estaba prevista para las simples o meras sanciones, no para las sanciones con despido. El tribunal señaló, además, que el artículo era confuso y que ese pie explicativo podría llevar a error al trabajador.

En el recurso del trabajador se reiteró la denuncia de su derecho al honor, reclamando una indemnización de seis mil euros. Para resolver la pretensión del trabajador, el TSJ realizó un análisis muy exhaustivo de las intromisiones del honor y la dignidad en el ámbito laboral (arts. 10.1 y 18 de la CE) y los límites de la libertad de expresión (art. 20 de la CE). La jurisprudencia del TS viene negando que exista

vulneración del derecho al honor del trabajador cuando la empresa le imputa comportamientos ilícitos, siempre que los hechos no se difundan más allá de la relación privada. El trabajador debe ser protegido frente a atentados en su reputación personal, pero es necesario valorar la intencionalidad, el propio comportamiento del trabajador y el contexto o circunstancias. El tribunal consideró que la jefa de personal tuvo un comportamiento inadecuado, pero tal comportamiento no suponía una intromisión ilegítima en el derecho al honor del trabajador. Para llegar a esa conclusión, prestó atención a la gravedad de los hechos imputados al actor, al estado de ira por el daño que podría reportar a la empresa y a las disculpas inmediatas de la jefa. En ese contexto, la libertad de expresión de la jefa de personal prevaleció sobre el derecho al honor del trabajador, desestimándose las pretensiones indemnizatorias de ese último.

4. LA EFECTIVIDAD DE LA CONCILIACIÓN: SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2021 (REC. 4640/2021)

El TSJ de Galicia ha construido una doctrina judicial sólida sobre el derecho a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar y, en concreto, sobre los derechos de reducción y adaptación de la jornada (arts. 34.8 y 37.6 del ET). En la sentencia de 20 de diciembre de 2021 se examinaron esas instituciones, pero no para reconocer o denegar el derecho a un trabajador que así lo solicitaba. Se examinó cómo el empresario debía contribuir a que dicha conciliación se hiciese efectiva, una vez que el trabajador ya estaba disfrutando de esa reducción o adaptación de jornada.

La trabajadora del caso prestaba servicios como abogada para un sindicato y disfrutaba de una jornada reducida por cuidado de menores. En los últimos meses, la trabajadora había notificado al sindicato la situación de sobrecarga de trabajo en su departamento, debido a las ausencias de otros compañeros. También comunicó que estaba realizando excesos de jornada y que se le estaban encomendando trabajos que coincidían con su horario de conciliación. En términos numéricos, alegaba tener una carga de trabajo

similar a la de sus compañeros, que no gozaban de jornada reducida. Por ello, la trabajadora presentó demanda alegando una vulneración del derecho a una reducción de jornada real y efectiva y del derecho a la igualdad de trato.

Tras ser desestimada la demanda en primera instancia, la trabajadora interpuso recurso de suplicación ante el TSJ. El tribunal construyó la resolución en torno al derecho de igualdad y no discriminación. A su juicio, la trabajadora había aportado indicios claros de que existía una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, pero el sindicato no había aportado una justificación objetiva ajena a la discriminación. En primera instancia, el juzgado había considerado que la trabajadora no podía compararse con el resto de sus compañeros para alegar la vulneración del derecho a la igualdad, ya que los asuntos de los que se encargaba ella eran más complejos o abundantes. Sin embargo, el TSJ se distanció de esa posición, no solo porque entendió que la situación era equiparable, sino también porque la trabajadora había alegado una discriminación indirecta. La prohibición de discriminación no requería necesariamente un término de comparación, sino un factor protegido que se hubiese soslayado objetivamente, provocando un perjuicio a la trabajadora.

El TSJ no apreció un daño intencional por parte del sindicato, ya que la carga de trabajo era excesiva para todos los trabajadores. No obstante, sí reprochó al sindicato que no hubiese hecho nada para reducir esa carga de trabajo, tras las comunicaciones de la trabajadora. Afirmó que la reducción de jornada reconocida a la trabajadora no se podía hacer efectiva si no iba acompañada de una reducción proporcional de los asuntos, en relación con sus compañeros. Según el tribunal, solo se respeta el derecho a la reducción de jornada y a la concreción horaria “si la trabajadora está en condiciones de conciliar en el momento en el que por sus circunstancias familiares puede hacerlo, y no cuando el trabajo se lo permita”.

Acreditado el perjuicio sufrido por la trabajadora, el TSJ concluyó que el sindicato había vulnerado su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, porque no había reducido la carga de trabajo en similar proporción. No

obstante, no reconoció a la trabajadora una indemnización por daños morales, ya que no había argumentado su petición indemnizatoria en sede de recurso y no se le dio la posibilidad de impugnarla a la otra parte. Por ello, solo se ordenó al sindicato que cesase en la conducta vulneradora.

5. VACACIONES NO DISFRUTADAS: SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021 (REC. 1807/2021)

Según el art. 38.1 del ET y el art. 7 de la Directiva 2003/88, las vacaciones de los trabajadores deben disfrutarse en el año natural y no se pueden sustituir por una compensación financiera, salvo que el trabajador no hubiese podido disfrutarlas. Ese principio general ha sido matizado por el Tribunal de Justicia a lo largo de diversas sentencias. La sentencia del TSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2021 recogió esa jurisprudencia y profundizó en la pérdida automática del derecho del trabajador a vacaciones anuales retribuidas y en las obligaciones de diligencia del empresario. El caso concreto giró en torno a la extinción del contrato de trabajo de un marinero. Tras declararse su despido como improcedente, el trabajador demandó a la empresa, solicitando que le fuesen abonadas las vacaciones no disfrutadas del año 2018 y las horas extra adeudadas. El juzgado de primera instancia desestimó las pretensiones del trabajador, de tal modo que interpuso recurso de suplicación ante el TSJ.

En el proceso no se probó por qué el trabajador no había disfrutado de las vacaciones en el año 2018. No constaba siquiera que el trabajador las hubiese solicitado y que el empresario no se lo permitiera. El TSJ de Galicia consideró que esa falta de prueba no debía imputarse al trabajador, sino al empresario. Según la doctrina del TJ, al empresario le corresponde velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda disfrutar de sus vacaciones, incitándole formalmente a hacerlo e informándole de manera precisa y oportuna. Los trabajadores solo pueden perder su

derecho a vacaciones si, tras esa actuación del empresario, se abstienen deliberadamente de disfrutarlas³.

Le corresponde al empresario demostrar que ha actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador disfrutase de las vacaciones a las que tenía derecho, ya que toda práctica u omisión del empresario que tenga un efecto potencialmente disuasorio es incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas⁴. En el caso concreto, dada la falta de prueba por parte del empresario, el TSJ consideró que no hubo pérdida del derecho a vacaciones y le reconoció al trabajador el abono de una compensación económica en concepto de vacaciones anuales no disfrutadas.

³ Cfr. STJ 16 de marzo de 2006, *Robinson-Steele y otros*, asuntos C-131/04 y C-257/04 (ECLI:EU:C:2006:177),

⁴ Cfr. Sentencias del TJ 29 de noviembre de 2017, *King*, asunto C-214/16 (ECLI:EU:C:2017:914) y 6 de noviembre de 2018, *Shimizu*, asunto C-684/16 (ECLI:EUX).