

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

1. ¿Pueden recurrirse en suplicación las sentencias dictadas en procedimientos que, no teniendo acceso al recurso, se alegue vulneración de derechos fundamentales? Sentencia del TS de fecha 19 de octubre de 2022.

El Pleno de la Sala de lo Social del TS ha dictado una relevante sentencia que ha contado con el voto particular de dos Magistradas, entre las cuales se encuentra la expresidenta de la Sala, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, y que analiza una cuestión altamente debatida: si la sentencia de suplicación debe pronunciarse sobre las cuestiones de legalidad ordinaria suscitadas en un proceso que no tiene acceso al recurso (modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual), una vez desestimada la alegada vulneración de derechos fundamentales que habilita la posibilidad de recurrir la sentencia de instancia.

La cuestión no ofrece una solución sencilla, pues existe una cierta encrucijada procesal: mientras que el artículo 191.3 f) LRJS permite el recurso contra las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales, quien invoque tal vulneración en un determinado procedimiento (despido, extinción del contrato, modificación sustancial, etc.) debe ceñirse, inexcusablemente, a la modalidad procesal que corresponda a ese procedimiento (art. 184 LRJS); encontrándonos con materias, como la de modificación sustancial, vacaciones o conciliación de la vida familiar y laboral que, expresamente, tienen vedado el acceso a recurso (art. 191.2 e) LRJS).

Aunque la Sala de lo Social del TS había admitido en recientes ocasiones la posibilidad de recurso siempre y cuando se alegara la vulneración de derechos

fundamentales, permitiendo de este modo a las distintas salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia entrar a conocer sobre las cuestiones de mera legalidad ordinaria en materias que, en principio, no tenían acceso a suplicación (modificación sustancial o conciliación de la vida familiar), con esta Sentencia, el TS viene a *clarificar* (término que emplea la Sala) esta doctrina, precisando que la sala de suplicación únicamente puede conocer sobre las cuestiones vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales que fueran invocadas, pero no puede entrar a resolver cuestiones de estricta legalidad ordinaria **cuando no se encuentran indisociablemente ligadas con la alegada vulneración de derechos fundamentales.**

Dicho de otra forma, cuando en una demanda de modificación sustancial o reducción de jornada se alegue vulneración de derechos fundamentales que permita el acceso a la suplicación, ésta únicamente podrá ceñirse a las cuestiones ligadas a la supuesta vulneración, evitando de esta forma un segundo pronunciamiento sobre los aspectos de legalidad ordinaria.

El problema (recordemos que la sentencia cuenta con un importante voto particular) es dilucidar cuándo resulta indisociable el tema de legalidad ordinaria con la eventual existencia de la invocada vulneración de derechos fundamentales; o dicho de otro modo, cuándo resulta necesario entrar a conocer sobre la legalidad ordinaria para concluir si ha existido o no vulneración de derechos fundamentales.

De cualquier forma, esta sentencia restringirá el acceso al recurso reforzándose la tesis del abuso de derecho y fraude procesal cuando la vulneración de los derechos fundamentales se trate de una invocación puramente artificiosa y carente de la más mínima prueba con la que únicamente se pretenda conseguir el acceso al recurso.

2. Cláusulas de rendimiento mínimo (SAN 13 de octubre de 2022).

La AN ha dictado una importante sentencia (especialmente relevante para el sector del Contact Center), que declara nula la cláusula de rendimiento mínima que la empresa pretendía incorporar en los contratos de trabajo.

Dicha cláusula era la siguiente:

«Ambas partes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.1 b) del ET y en virtud de su autonomía contractual (artículo 3.1c del ET), de mutuo acuerdo establecen como motivo válidamente consignado para la resolución del contrato el bajo rendimiento del Trabajador, en TRES meses consecutivos o en CUATRO alternos dentro de un período de SEIS, no alcance el 75 % de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores del servicio al que esté adscrito. El Trabajador estima razonable y proporcionado el referido sistema de extinción por bajo rendimiento».

La Sala de la AN considera que la cláusula es abusiva porque (i) la no aceptación de la misma por parte del trabajador equivale a la no suscripción del contrato de trabajo, destacando que la cláusula está destinada a trabajadores con un nivel de formación no excesivamente alto, lo cual restringe aún más su libertad, (ii) pretende eludir el despido disciplinario y las garantías formales que impone el artículo 55 ET, sin tener en cuenta, además, los elementos subjetivos u objetivos que han podido incidir en esa falta de rendimiento y (iii) vulnera el derecho a la negociación colectiva, porque la empresa ha acudido a la autonomía individual en masa, lo cual implica desconocer lo pactado en el convenio colectivo y prescindir de la necesaria causa de despido disciplinario que supone el bajo rendimiento.

Esta sentencia recalca la *necesaria interpretación restrictiva* que las cláusulas de rendimiento mínimo pactadas en el contrato de trabajo han de tener a la hora

de considerarlas como válidas para extinguir el contrato al amparo del artículo 49. 1 b) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, sin derecho a indemnización, no siendo un debate ni mucho menos novedoso y, casi siempre, resuelto en este mismo sentido (STS 15 de junio de 2022, rec. 52/2020, STS 3 de julio de 2020, rec. 217/2018).

No obstante lo anterior, es preciso recordar la, también reciente, Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de julio de 2022 (rec. 236/2022), la cual declaró la validez de la siguiente cláusula contractual:

Ambas partes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.b del Estatuto de los Trabajadores y en virtud de su autonomía contractual (artículo 3.1.c del Estatuto de los Trabajadores), de mutuo acuerdo establecen como motivo válidamente consignado para la resolución del contrato el hecho de no alcanzar por el Trabajador un determinado rendimiento. Concretamente, el contrato podrá ser resuelto en caso de que el Trabajador, en dos meses consecutivos o en tres meses dentro de un periodo de cinco, no alcance el 60% de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores de la plataforma a la que esté adscrita el Trabajador. La Empresa deberá comunicar a los interesados al inicio de cada mes las medias alcanzadas en el mes precedente. El Trabajador estima razonable y proporcionado el referido sistema de extinción por bajo rendimiento

Por ello, dado que parece obvio que ha existido una disparidad de criterios entre el TSJ de Madrid y la AN en un asunto muy similar que afecta a un concreto sector, y aunque, como se ha indicado, la jurisprudencia enfatiza el carácter restrictivo de este tipo de cláusulas, la sentencia de la AN ha cobrado una especial relevancia y estaremos muy atentos a su recorrido y posible confirmación por parte del Tribunal Supremo.

3. Cómputo de las bajas voluntarias para los umbrales del despido colectivo (cuestión prejudicial TSJ Baleares, auto 29 de agosto 2022)

A vueltas con los umbrales del artículo 51 ET desde el punto de vista de la Directiva 98/59, el TSJ de Baleares ha formulado una nueva cuestión prejudicial en la que pregunta al TJUE dos cuestiones: (i) si las bajas voluntarias deben ser tenidas en cuenta a los efectos del período de consultas; y (ii) si deben ser tenidas en cuenta a los efectos del cómputo de extinciones computables.

En el caso analizado, la empresa contaba con una plantilla de 43 trabajadores. En un primer momento, se produjeron 11 extinciones, de las cuales, 9 fueran bajas voluntarias.

Estas bajas voluntarias tuvieron lugar en un contexto muy determinado que, por simplificarlo, supusieron que, sin solución de continuidad, una vez comunicadas las bajas en la empresa, los trabajadores fueron contratadas en otra del mismo grupo, respetándose los derechos de antigüedad y salario sin que se reconociera la subrogación empresarial.

Cuatro semanas más tarde, se produjeron 9 despidos por causas objetivas, 2 de los cuales motivaron el procedimiento que ha dado lugar a la cuestión prejudicial, en los que, en síntesis, se discutía si la empresa, de manera artificial, había propiciado las bajas voluntarias con el fin de eludir el trámite del despido colectivo.

Declarada la procedencia de los despidos colectivos en la instancia, el TSJ se plantea, en primer lugar, *si la empresa debió iniciar consultas con los representantes de los trabajadores desde el momento en que, proyectó la salida de un número de trabajadores que podía superar los límites establecidos para el despido colectivo o si podía buscar fórmulas para evitar o reducir los despidos sin necesidad de cumplir las obligaciones de consulta y notificación que constituyen el efecto útil de la directiva, pues eso fue exactamente lo que hizo.*

En segundo lugar, el TSJ se cuestiona si *Incluye, en un contexto de crisis en el que es previsible una reducción de plantilla con inclusión de despidos, las bajas de trabajadores propuestas por la empresa, no pretendidas pero aceptadas por aquellos una vez obtenida la oferta firme de incorporación inmediata a otra empresa, ¿habiendo sido la empleadora la que gestionó con esa otra empresa la posibilidad de que sus trabajadores mantuvieran entrevistas con vistas a su posible contratación?*

Las dos dudas planteadas son de enorme trascendencia pues, por un lado, veremos si el TJUE establece matices a su Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (*Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK*) en la que afirmaba que las obligaciones de consulta y notificación nacen con anterioridad a una decisión de extinción de los contratos, siendo lo relevante la **intención** de la empresa a la hora de acometerlos; y por otro, porque suele ser habitual que muchos procesos de reestructuración vayan acompañados de bajas voluntarias previas.

Es indudable que el contexto de crisis empresarial incide directamente en las dos cuestiones planteadas ya que, tanto el análisis de la intención de la empresa, como las causas motivadoras de las bajas voluntarias, no pueden ser consideradas con carácter general en cualquier otra situación desconectada o ajena a un procedimiento de crisis y previsible reestructuración empresarial. No obstante, como indicamos, entendemos que la resolución del TJUE conllevará un importante impacto en el derecho interno.

4. Adaptación de la jornada de trabajo: resulta necesario acreditar las razones que el trabajador aduce (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 2022)

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha dictado recientemente una sentencia de especial relevancia para aquellas empresas que están recibiendo numerosas peticiones de sus trabajadores para adaptar su jornada de trabajo en la modalidad de trabajo a distancia, al amparo del artículo 34.8 del ET, tras haber

prestado los empleados servicios en citada modalidad de forma temporal, consecuencia de la situación sanitaria extraordinaria derivada de la COVID-19.

En el caso enjuiciado, el empleador de la parte actora inició un sistema de teletrabajo en marzo de 2020 motivado por la crisis sanitaria, situación que se alargó hasta septiembre de 2021.

Como quiera que la empresa le comunicó la vuelta al trabajo presencial, el empleado solicitó prestar servicios en la modalidad de trabajo a distancia durante 3 días a la semana, en virtud del artículo 34.8 ET y sin justificar su petición más allá de indicar que tenía un hijo de dos años.

Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recuerda que no existe un “derecho a adaptar” al amparo del artículo 34.8 del ET, sino que se reconoce una **expectativa de derecho** y, por lo tanto, la adaptación de jornada se podrá solicitar a la empresa siempre que sea razonable y proporcional, debiendo los trabajadores acreditar que su solicitud es necesaria para una efectiva conciliación, sin estar ante un derecho incondicionado.

En el supuesto enjuiciado, el empleado no acreditó de forma alguna la necesidad de adaptar su jornada de trabajo y consecuentemente, el Tribunal concluye que debe negarse el derecho al mismo.

Asimismo, el Tribunal manifiesta que no se debe entrar a analizar si la empresa cumplió o no con el periodo de negociación de 30 días establecido en el precitado artículo 34.8 ET, porque para ello, previamente la persona trabajadora tendría que haber justificado mínimamente la necesidad de su solicitud para hacer efectiva la conciliación de su vida familiar, personal y laboral.

Esta sentencia, sigue la línea de un reciente pronunciamiento del **Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias de fecha 12 de septiembre de 2022**, el cual dictamina que no cabe atender peticiones que carecen de la mínima justificación, razonamiento o motivación, limitándose a la invocación de la existencia de un menor, ya que no estamos ante un derecho automático del empleado.

5. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022. Fin al debate sobre la calificación de los despidos por causa del COVID-19: improcedente y no nulo.

El artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptaron medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 introdujo la comúnmente denominada “prohibición de despedir” y dispuso que *“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada (...) no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*.

Con ello se generaron distintas interpretaciones entre los Tribunales Superiores de Justicia sobre la calificación de los despidos basados en causas relacionadas con el COVID-19: improcedencia o nulidad.

A pesar de que la mayoría de Tribunales entendieron que la calificación de dichos despidos debía ser la improcedencia, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco – como ya lo hizo en anteriores pronunciamientos - consideró nulo el despido de un trabajador en prácticas, en el que se alegó como causa extintiva los descensos de actividad como consecuencia del COVID-19, debido a que los actos contrarios a normas prohibitivas son nulos de pleno derecho y, consideró el Tribunal, existía una prohibición de despedir y una única alternativa a los despidos, siendo por tanto una obligación para las empresas de acudir a los ERTes.

Ahora el Tribunal Supremo zanja el debate considerando que dichos despidos no deben calificarse como nulos salvo que exista algún dato específico que así lo justifique (vulneración de derechos fundamentales, concurrencia de circunstancias subjetivas que generen especial tutela, elusión de normas procedimentales de despido colectivo...).

Y ello, al entender que la norma no regula una expresa prohibición a despedir, ni existe una consecuencia expresa de nulidad regulada ante los despidos

realizados en fraude de ley, como sería el caso, considerando además que tampoco existía entonces una obligación expresa de acudir al ERTE, concluyendo que *“las consecuencias de que un despido aparezca ante los ojos del juzgador como carente de causa no es (en la actualidad) la de su nulidad, sino la improcedencia”*.

6. El TC se divide: STC de fecha 20 de septiembre de 2022 (licitud de las grabaciones de las cámaras de seguridad para justificar el despido).

El TC ha dictado una sentencia por medio de la cual vuelve a analizar la cuestión relativa a la licitud de las grabaciones de las cámaras de seguridad como medio de prueba sobre el cual amparar un despido disciplinario.

Concretamente, la sentencia se pronuncia sobre la sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 6 de octubre de 2020, la cual estimaba el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora, revocando de este modo la sentencia de instancia, al entender que el despido del trabajador había de ser declarado como improcedente ya que los hechos imputados se basaban en una prueba ilícita.

La prueba en cuestión consistía en una grabación procedente de una cámara de seguridad instalada en la sede de la empresa. El TSJ del País Vasco considera que, al no constar que el trabajador hubiera sido informado por su empleadora acerca del tratamiento de esos datos para uso disciplinario, la grabación dimanante de dicho dispositivo quedaba invalidada como medio probatorio, lo que de forma correlativa lleva a considerar el despido como injustificado.

Si bien el TC ya contaba con una extensa doctrina referida al uso de las cámaras de seguridad en el entorno laboral, así como a los requisitos que se han de cumplir para poder entender la misma como prueba lícita y ajustada a derecho, lo relevante de la reciente resolución es que el tribunal vuelve a repasar la doctrina asentada atendiendo esta vez a determinados cambios normativas que han ido sucediendo en los últimos años, los cuales podrían tener una afectación

directa sobre la cuestión controvertida; en concreto, se refiere a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

La LO 3/2018 prevé expresamente una serie de criterios generales para el tratamiento de los datos derivado del uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos. En concreto:

- Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores debiendo de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a estos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.
- No obstante, en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de la ley orgánica (dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

Partiendo de la citada regulación, el TC considera que los parámetros asentados por parte de la normativa en materia de protección de datos, se ajustan a los criterios interpretativos de la fundamentación que ha venido configurando la jurisprudencia constitucional.

De esta manera, ante una sospecha de actuación flagrante por parte de los empleados, la empresa está legitimada a poder utilizar las grabaciones, sin verse obligada a tener que informar a la plantilla, siendo suficiente con que el dispositivo de grabación se haya colocado en lugar visible y cuente con distintivo informativo.

Con motivo de lo anterior, el TC considera que la prueba obtenida por parte de la empresa no puede entenderse como vulneradora del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de datos personales, al cumplir con los requisitos

exigidos por parte de la norma de aplicación en materia de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

De esta manera, se estima el recurso de amparo, declarándose la nulidad de la sentencia del TSJ del País Vasco con motivo de haberse incurrido en una vulneración del artículo 24.3 de la Constitución Española.

Con independencia de lo anterior, y pese a poder parecer una cuestión aclarada, no ha habido plena conformidad dentro del propio tribunal, toda vez que frente a la sentencia **se ha presentado el voto particular de cinco magistrados.**

Dicho voto particular se sustenta, por un lado, en una disparidad referida a la relevancia del deber de información específico en este tipo de supuestos, así como se pone en entredicho que en el caso concreto concurriesen las condiciones necesarias para poder dar validez excepcional a la prueba videográfica en materia laboral a partir de la mera información genérica sobre la existencia de ese sistema de control. Concluyéndose, de esta manera, que la sentencia ha creado un estándar genérico que prácticamente anula la garantía del derecho a la protección de datos por la desmesurada extensión que se da a las posibilidades excepcionales de su modulación en caso de flagrancia.

Por todo ello, parece ser que nos encontramos ante una cuestión que va a seguir suscitando controversia.