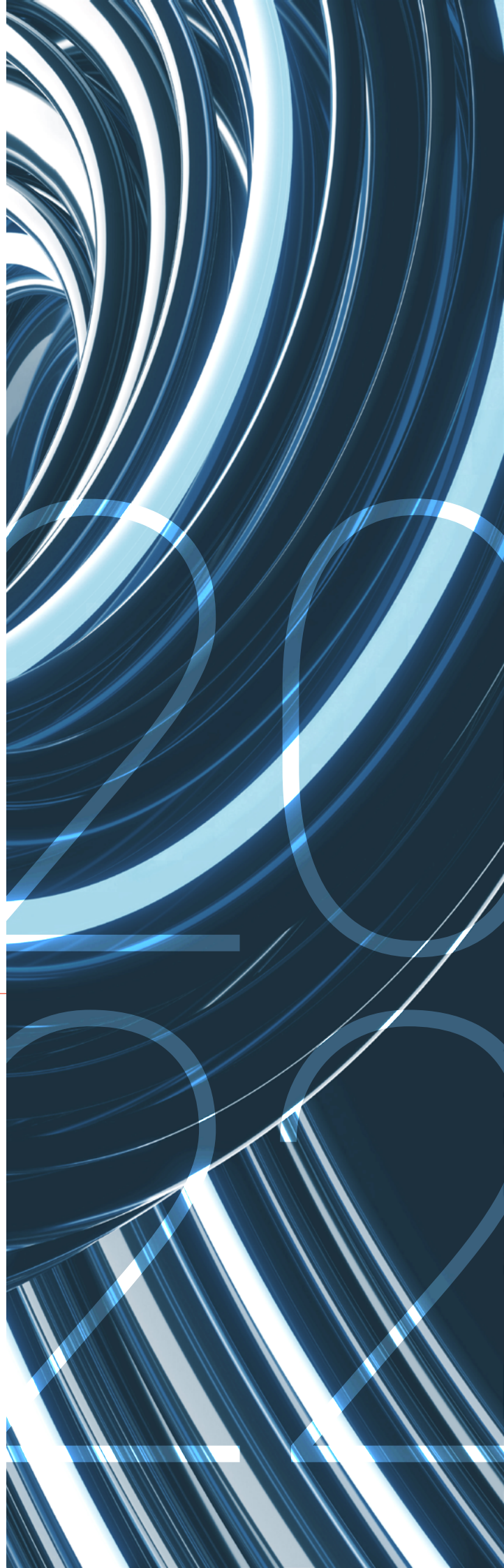


Pérez-Llorca

Newsletter

Laboral, compensación y beneficios

NOVIEMBRE 2022



Índice

ARTÍCULO DOCTRINAL

Obligaciones empresariales en materia “whistleblowing”: nueva normativa en ciernes /3

NOVEDADES LEGISLATIVAS

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Constitucional avala la utilización de medios de prueba de grabaciones de videovigilancia en un supuesto de despido disciplinario /10

La Audiencia Nacional declara nula por abusiva una cláusula de rendimiento mínimo en el sector del *contact center* /11

El TSJ de Madrid considera nulo dar referencias negativas de una antigua trabajadora cuando éstas suponen una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva /14

El Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias declara improcedente el despido de una empleada pese a acreditarse un total de 175 faltas de puntualidad en un período de seis meses /17

ARTÍCULO DOCTRINAL

Obligaciones empresariales en materia “whistleblowing”: nueva normativa en ciernes

Yolanda Valdeolivas | Of Counsel Laboral, Compensación y Beneficios
María Pámpano | Asesora jurídica

1. Introducción

El pasado 13 de septiembre se aprobó en Consejo de Ministros el **Proyecto de Ley** (publicado en el BOCG de 23 de septiembre) que regula la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (el “**Proyecto**”), que supone la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Directiva “Whistleblowing”, como es comúnmente conocida). El principio que inspira esta regulación es la supresión de la corrupción y de otras prácticas delictivas o conductas especialmente reprobables, juzgándose conveniente una protección armonizada a nivel europeo de las personas físicas que informen sobre dichas infracciones, en lo que el Proyecto considera “una conducta valiente de clara utilidad pública”.

La regulación del fenómeno *whistleblowing* presenta no pocos retos, a los cuales el legislador europeo se enfrenta con mayor o menor grado de detalle y que implica a distintas ramas del ordenamiento. En efecto, la recepción interna de esta normativa europea al Derecho español conecta los órdenes laboral, penal y procesal, todos ellos potencialmente involucrados en las denuncias de “infracciones del Derecho de la Unión” detectadas en un “contexto laboral” (artículos 1.1 y 4.1 de la Directiva), y que el legislador nacional extiende a todas aquellas cuestiones que puedan suponer “infracción penal o administrativa grave o muy grave” [artículo 2.1.b) del Proyecto]; lo que, por cierto, incluye, en el ámbito laboral, la normativa específica de salud y seguridad en el trabajo cuando se denuncien infracciones a la misma por personas trabajadoras. A estos efectos, la normativa se articula, básicamente, a través de un doble elemento:

- (i) Establecer la obligación de disponer de canales internos de información en empresas con más de 50 trabajadores entre 50 y 249 trabajadores podrán compartir recursos para la recepción de denuncias que, por vez primera, se regula en sus principales caracteres y reglas de procedimiento;
- (ii) Asegurar la mayor protección del informante, tanto garantizando su anonimato como previendo un estricto régimen sancionador para las acciones u omisiones dirigidas a impedir, limitar o ralentizar las informaciones.

El presente comentario pretende valorar el encaje de alguna de las cuestiones que plantea esta nueva regulación en el ordenamiento jurídico laboral español.

2. El derecho a la defensa del denunciado *versus* el incentivo a la denuncia

Tanto la Directiva como el Proyecto de Ley de trasposición poseen un marcado carácter tuitivo y proteccionista de la persona que informa de una conducta infractora de los bienes objeto de protección a los fines de favorecer el conocimiento por la autoridad competente de toda acción u omisión potencialmente constitutiva de una ilegalidad de las expresamente contempladas en esa normativa. Se trata, pues, de desenvolver un escenario que claramente tutela al denunciante, al objeto de ofrecerle las máximas garantías frente a cualquier eventual consecuencia negativa, represalia o intimidación consecuencia de su información, mediante la elemental y previa previsión de su anonimato. Lo que permite plantear, del lado contrario, cómo valorar la posición del denunciado y, sobre todo, su derecho de defensa en este propósito de facilitación del conocimiento de las denuncias.

Al respecto, en conexión con las reglas procesales generales, al denunciado, en tanto investigado, le asiste el derecho a conocer el contenido de la denuncia, así como de las actuaciones planteadas y sus eventuales consecuencias. Sin

embargo, llevado este esquema al contexto laboral, aquella defensa podría verse afectada muy particularmente por esta primacía del interés del trabajador denunciante en mantenerse en el anonimato para eludir su posible discriminación, acoso o cualquier otro tipo de represalia, en coherencia con la situación de especial delicadeza que en la posición del denunciante determina el ser parte de una relación laboral, susceptible de verse perjudicada como resultado de su denuncia; esto es, la denuncia de otro sujeto del mismo ámbito laboral que el informante puede generar en este último una suerte de presión ante posibles consecuencias laborales negativas capaz de hacerle desistir de la denuncia. Es en este contexto donde cobra sentido el artículo 5.2.b) del Proyecto que, alineado con esa posición, garantiza la “confidencialidad de la identidad del denunciante”. Parece claro que consagrar el anonimato no solo no desincentivará la denuncia de posibles infracciones, siendo presumible, en cambio, que su omisión haría que el número de denunciantes decayera notablemente ante el solo temor de verse señalado o estigmatizado como informante o, aún más, de sufrir perjuicios laborales como consecuencia de la denuncia.

No obstante, el absoluto anonimato del denunciante, indudable garantía para el mismo en el sentido que enseguida se analizará, supone al tiempo un aspecto susceptible de debilitar la fiabilidad de la denuncia. Cuando se denuncian hechos presuntamente cometidos por una persona física (trabajador) o jurídica (la empresa), existe un inequívoco interés del denunciado en conocer al denunciante y averiguar el porqué de la denuncia a efectos de facilitar su defensa, siendo relevante a esos fines conocer si se trata de un compañero, un superior o subordinado, un antiguo empleado o un proveedor, por citar algunos ejemplos. Aunque el anonimato del denunciante ni representa especial óbice procesal, ni el conocimiento de su identidad resulta en general imprescindible para el correcto ejercicio del derecho de defensa del denunciado, lo cierto es que en un contexto laboral donde, entre otro tipo de vínculos, priman las relaciones personales, la identidad del denunciante puede cobrar relevancia, porque tras el autor de la denuncia pueden ocultarse no solo intereses loables de persecución de infracciones y evitación de prácticas corruptas protegibles, sino otras motivaciones espurias que pueden pretender el solo perjuicio del denunciado y que el anonimato puede ocultar. De ahí que para que la protección se desenvuelva en términos equilibrados para todas las partes, en garantía ahora del denunciado, se exija la existencia de motivos razonables que avalen la veracidad de la información.

El escenario completo atiende a los siguientes caracteres. De una parte, el artículo 21 de la Directiva aboga claramente por la máxima tutela del denunciante, lo que reitera el artículo 38 del Proyecto al trasponer literalmente las llamadas “Medidas de protección frente a represalias”, sin diferencias en el contexto laboral. Estas llegan hasta el punto de que la revelación de información relevante para la denuncia de una presunta infracción, independientemente de su naturaleza, no acarreará responsabilidad alguna, a salvo las excepciones previstas en el artículo 3 de la Directiva. También se contempla la exoneración de toda responsabilidad del denunciante cuando este, aun participando en la comisión de la conducta denunciada, aporta los primeros elementos de prueba para el inicio del procedimiento, siempre que tal acceso no constituya delito (programas de clemencia). A su vez, de incoarse un procedimiento laboral ante el órgano judicial por perjuicios sufridos por los informantes que, *a priori*, no tuvieran que ver con su denuncia de una supuesta infracción, se presumirá que dichos perjuicios tienen la condición de represalia, recayendo la carga de la prueba en el empresario. Eso sí, tanto la Directiva como el Proyecto advierten que dicha presunción solo operará “una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley”; lo cual, según el art. 35 del Proyecto, supone que los denunciantes “tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes” y efectúen la denuncia conforme a la ley. Todo ello sin perjuicio de advertir que dichos motivos no se concretan y constituyen un concepto jurídico indeterminado que habrá que ponderar caso a caso.

3. Protección del *whistleblower* versus garantía de indemnidad

La garantía de indemnidad se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una figura protectora de los derechos fundamentales de los trabajadores, derivada del artículo 24.1 CE. Su formulación expresa no se producirá hasta la STC 14/1993, aunque con anterioridad a la misma ya existía una afianzada doctrina jurisprudencial acerca de la nulidad radical de “los despidos producidos por el ejercicio legítimo por los trabajadores de derechos fundamentales”. Posteriores pronunciamientos desarrollaron y dieron contenido a esta garantía que hoy se concreta en la “imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos” (STC 55/2004). Con todo, no es este un concepto estrictamente jurisprudencial, encontrando igualmente acomodo tanto en el Convenio nº 158 de la OIT como, a nivel interno, en el artículo 4.2.g) ET, a reconocer a los trabajadores el derecho al libre ejercicio de los derechos laborales que les asisten, incluido, entre otros, el acceso a los tribunales, con rango, como se sabe, de derecho fundamental. De acuerdo con ello, del derecho forma parte una faceta positiva, la existencia de un efectivo derecho de acceso a los tribunales, y una negativa, la eliminación de todo obstáculo a su ejercicio, lo que presupone en la materia que ocupa la evitación de toda represalia contra el denunciante, consecuencia de una denuncia contra la empresa.

En este sentido, la tradicional garantía de indemnidad, tal y como se encuentra caracterizada entre nosotros, realmente anticipa e incorpora la específica que para estos casos introducen la Directiva y el Proyecto que la traspone, lo que permite interrogarse sobre los verdaderos efectos prácticos de esta reforma en el ámbito laboral o, en otras palabras, si representa un deber añadido para la empresa respecto de la genérica garantía de indemnidad preexistente. Como contexto, la garantía de indemnidad, en tanto contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.1 CE, la dota de cuantas garantías son propias de esa cualidad interpretación expansiva de su contenido y, en coherencia, restrictiva de sus límites, aun cuando se activa no solo en relación con un proceso judicial, sino con cuantas actuaciones pueden considerarse conectadas con el objetivo de preparar, reforzar o evitar dicho proceso, lo que sería predicable de las denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o el mero anuncio de proceder a ellas. En ello, garantía de indemnidad y protección del denunciante en el sentido de la Directiva y Proyecto se asemejan, porque aunque esta última no vincula un derecho fundamental de acceso al proceso, en una fundamental diferencia axiológica, la eliminación de represalias al trabajador que denuncia infracciones en el seno de la empresa constituye un paso añadido hacia el pleno ejercicio del derecho fundamental; sin perjuicio de que, siendo este es el principal objetivo de la garantía de indemnidad, en el caso de la protección a los *whistleblowers* lo que se persigue básicamente es la maximización del interés público y la completa eliminación de la corrupción. Por decirlo en otros términos, la garantía de indemnidad es un derecho personal, mientras que en la protección a los *whistleblowers* subyace además la tutela de un interés público: la represión de conductas de fraude y corrupción reconocibles en el ámbito laboral, aunque no solo en materia laboral. En la práctica, pues, no parece realmente acrecer el ámbito de obligaciones y responsabilidades de la empresa como resultado de la aplicación de la protección del denunciante en lo que a la posición misma del informante se refiere, porque consecuencias como el despido, discriminación y represalias económicas o profesionales ya estarían amparadas por la garantía de indemnidad. Pero a ella se asocian ahora, en virtud de la nueva normativa, otras medidas de apoyo, más allá de la prohibición de represalias (que incluyen a terceros relacionados con el mismo, como compañeros o familiares), como son la constitución de un canal interno de información en empresas de 50 o más trabajadores, con designación de su correspondiente responsable, y un deber de confidencialidad del proceso de denuncia a través de este canal.

Es en este otro aspecto relativo al canal de denuncias, más que en la protección del denunciante, donde se produce para las empresas un cambio de paradigma, que implanta un nuevo ámbito de *compliance* que consiste en asegurar un canal de comunicación dirigido a evitar comportamientos irregulares o delictivos, haciendo de la empresa un espacio que colabora en el correcto funcionamiento y vigilancia de la legalidad. Y es que la empresa es una unidad relevante e idónea

para la lucha contra la corrupción u otras conductas irregulares de las aquí previstas en la mejor garantía del interés público, pues sus trabajadores pueden tomar conocimiento de este tipo de comportamientos, actuando de manera ágil y asequible mediante un sistema interno de información capaz de desvelarlas y aun prevenirlas. Procedimiento que presupone la garantía del denunciante, en los términos antevistos, y un deber de confidencialidad de todo el procedimiento, que pasa también por el anonimato de aquel sujeto.

4. El anonimato: una garantía ¿necesaria? de la protección del informante

El anonimato del denunciante que comunica o informa sobre infracciones de las previstas en el ámbito de una relación laboral o, más ampliamente, en el contexto laboral parece justificado que cuente con dicha garantía sobre su identidad, asegurando que la misma no sea conocida, en ocasiones ni siquiera por el responsable del canal de información interno, en la idea de que la tramitación de la denuncia solo exige el conocimiento del hecho denunciado. Se prioriza el casi absoluto anonimato del denunciante, solo excepcionable, revelando su identidad, si media su consentimiento expreso o resulta de “una obligación necesaria y proporcionada impuesta por el Derecho de la Unión o nacional en el contexto de una investigación llevada a cabo por las autoridades nacionales o en el marco de un proceso judicial, en particular para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada” (artículo 16 Directiva). Cautelas que reproduce, si bien con distinta expresión, el Proyecto, estableciendo rigurosas obligaciones de seguridad para cada uno de los sistemas de denuncia que contempla (interno, externo y revelación pública), de manera que el denunciante pueda, si lo desea, mantenerse en el anonimato, como garantía máxima frente a cualquier eventual represalia.

No obstante, desde el absoluto anonimato hasta la máxima difusión de la identidad del denunciante, que es lo que la Directiva y el Proyecto parecen temer, existen multitud de situaciones que podrían llegar a hacer adecuada la revelación de la identidad del denunciante, aun solo de forma parcial, identificando, por ejemplo, la categoría a la que el denunciante pertenece u otras cualidades genéricas susceptibles de contribuir al ejercicio del derecho de defensa del denunciado sin comprometer en exceso la situación del denunciante. En este sentido, cabe imaginar dos escenarios: cuando un trabajador denuncia a otro compañero y cuando la denuncia se dirige contra el empleador. En el primer caso, se trata de relaciones interpersonales horizontales en las que, al margen de jerarquías internas de la empresa, no tienen por qué estar afectados poderes de control, de dirección y económicos que hagan temer por la posición del denunciante. Situación distinta del segundo caso, en el que la superioridad inherente a la figura del empleador reconoce a este aquellos poderes. Pero la normativa no diferencia estas circunstancias quizá asumiendo, ab initio, que en general las denuncias partirán de un trabajador contra el empresario, aun cuando las represalias consideradas por el artículo 36 del Proyecto no identifican únicamente medidas empresariales de represalia frente a un trabajador a su cargo. Además de estas, se recogen otras como daños reputacionales, acoso, referencias negativas o discriminación que pueden partir tanto del empleador como de otro compañero. Ello parece presuponer la existencia de dos categorías de represalias que, sin embargo, ni la Directiva ni el Proyecto han considerado en la protección a los whistleblowers a efectos de diferenciar el grado de anonimato. En todo caso, la garantía del adecuado y casi absoluto anonimato deben conjugarse con las máximas garantías para la defensa del denunciado.

Por lo demás, el anonimato del informante representa una figura bien reconocible en nuestro ordenamiento como medida garantista y protectora. Así, el artículo 10 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LITSS) establece el deber de sigilo de los funcionarios de la inspección respecto del origen de cualquier queja que reciban. Igualmente, el artículo 31.bis del Código Penal (CP) condiciona la exención o, en su caso, atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a que, entre otros requisitos, se haya instalado un modelo de organización y gestión “eficaz” en la prevención de delitos. El mismo artículo, en su apartado 5, ordinal 4º, establece la obligación se entiende, para las personas relacionadas con la persona jurídica, de modo que puedan conocer de posibles infracciones, entre

las que indudablemente se encuentran sus empleados de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado del mecanismo de prevención. Por su parte, la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo admite en su artículo 26 bis, que los “empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos”. Y, en fin, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPD) acoge en su artículo 24 la licitud de los sistemas de información que permitan comunicar “incluso anónimamente, la comisión (...) de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. (...)”. En este sentido, también la jurisprudencia ha aceptado la validez de las denuncias anónimas, en el seno de una empresa, como origen de una investigación interna en la empresa para destapar un fraude (STS 35/2020, de 6 de febrero, Rec. 2062/2018), de la que es reseñable que la persona que escribió el mensaje que inició las investigaciones explicitaba que se mantenía en el anonimato “para no tener represalias hacia mí persona después de lo que voy a exponer”. Por último, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 1/2015, menciona la necesidad de una regulación protectora específica del denunciante.

Numerosos exponentes de la garantía que representa el anonimato de los denunciantes que, si bien podría aconsejar una homogenización de su *modus operandi*, aún se mantiene en cada ámbito ligado a los caracteres y fines que cada uno de ellos intenta asegurar.

5. La buena fe contractual en las relaciones laborales

Parece claro que los motivos que mueven a un denunciante a informar de una conducta infractora sean los que sean, no pueden impedir el ejercicio legítimo de un derecho si objetivamente existen los presupuestos necesarios para este ejercicio. Es decir, por muy malas intenciones que pueda albergar aquel sujeto, la represalia frente a una denuncia en un contexto laboral debe tener expedito el acceso a los tribunales, como corrobora el Considerando 32º de la Directiva. Pero ello en nada se opone al hecho de que la manipulación de la realidad para causar un daño al denunciado o que no está justificado por una actuación de éste representa una utilización torticera y abusiva de un derecho, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 7.1 del Código Civil. Por ello, es importante la distinción entre los verdaderos denunciantes, que pretenden poner en conocimiento de quien corresponda una presunta infracción que atente gravemente contra el interés público, de otros sujetos cuyas motivaciones obedecen a intereses personales, incluso de naturaleza oportunista o vengativa, por ejemplo, un trabajador agraviado o un sujeto que pretenda sacar beneficio de la denuncia y de las consecuencias sobre el denunciado.

Es por ello por lo que, a pesar de su gran extensión, la protección a los *whistleblowers* no es incondicional. El artículo 35 del Proyecto excluye en su apartado segundo ciertas categorías de informaciones, a saber: las comunicaciones que hayan de ser inadmitidas según lo dispuesto en la ley; las informaciones de clara naturaleza personal, como las que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación; la información ya de por sí pública, o que constituya un mero rumor; y las informaciones sobre acciones u omisiones que, según la ley, no puedan ser caracterizadas de infracción. Esta enumeración constituye una salvaguarda del verdadero interés público que, como ya se ha dicho, subyace en la denuncia, descartando informaciones irrelevantes, manipuladas o tintadas de conflictos personales. Ello supone una mejora respecto de la regulación contemplada en la Directiva, cuya parte dispositiva no contiene previsión alguna al respecto. Pese a que en su Considerando nº 32 se estima como “salvaguardia esencial frente a denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas” la exigencia de una creencia razonable en la existencia de la infracción, el legislador europeo parece finalmente haber pasado por alto esta importante labor de filtrado, no contempló en este punto mayores cautelas.

Si los límites de la protección a los *whistleblowers* están claros, aquellos de la garantía de indemnidad se presentan más difusos. Recordemos que esta última deriva de un derecho fundamental y, como tal, sus límites han de interpretarse restrictivamente. La única limitación que, a la luz del texto constitucional,

debería poder ponerse a su ejercicio es la ilegitimidad del derecho que se reclama (el artículo 24 CE alude a “derechos e intereses legítimos”). O lo que es lo mismo: la presunta vulneración de un derecho del trabajador no puede alegarse con el único fin de obstaculizar las potestades de control o disciplinarias del empresario, para impedir, por ejemplo, un despido. De este modo, parecería que el único caso en el que la garantía de indemnidad no puede operar es aquel en el que la denuncia persigue exclusivamente y de manera oportunista la activación de un mecanismo de protección ante una decisión empresarial que nada tiene que ver con la denuncia y que puede ser incluso anterior a la misma. En realidad, no existe aquí vulneración de garantía de indemnidad alguna, sino decisión empresarial en perjuicio del empleado que será valorada, en su caso, como procedente o improcedente, pero que descarta toda posibilidad de nulidad por ataque a derechos fundamentales fundada en una presunta protección del denunciante que realizó, para salvaguardar su posición, un uso abusivo de la información. Aspecto que también conecta con el anticipado programa de clemencia, que no parece tener cabida en el ámbito laboral ni limita el ejercicio del poder disciplinario por parte del empleador; así, cuando el denunciante ha participado o colaborado en la comisión de la conducta denunciada, debe interpretarse igualmente que su denuncia no le exonera de la oportuna sanción laboral, en una utilización de la protección del denunciante que sería nuevamente abusiva y desproporcionada.

6. Conclusión

Aún es pronto para valorar la incidencia que esta normativa va a desplegar en el ámbito de las empresas a efectos de la detección precoz y eliminación de las conductas fraudulentas, delictivas u otras, pero no cabe duda de que supone un significativo avance en la defensa del interés público y de los bienes jurídicos protegidos, haciendo de la empresa un espacio de colaboración imprescindible a ese objetivo. El doble propósito perseguido de aumentar el nivel de protección de los trabajadores a la vez que asegurar la denuncia del máximo número de infracciones posible mediante la constitución de un canal interno de información se mueven en esa línea, lo que tampoco impide señalar que esta normativa realmente no representa una extraordinaria novedad en lo que afecta al ordenamiento laboral español, dadas las figuras y recursos existentes garantía de indemnidad y mecanismos de *compliance* de las personas jurídicas— previstas a fines equiparables. Con todo, una regulación específica sobre *whistleblowers* introduce un nivel de concreción y tipificación que puede facilitar su aplicación práctica, evitando que los casos de *whistleblowing* se enmarquen de manera automática en el derecho fundamental de la garantía de indemnidad, liberando a los operadores jurídicos de lidiar con el sensible tema de la afectación a los derechos fundamentales, mediante un cauce eficaz para solventar estos casos dentro de la legalidad ordinaria. Aunque habrá que esperar para comprobar cómo se deslinda uno de otro ámbito.

Esta regulación articula claramente diversos canales de denuncias, introduciendo vías adicionales para la puesta en conocimiento de presuntas infracciones. Frente al alcance más general de las figuras preexistentes en nuestro ordenamiento jurídico, antes aludidas, se trata ahora de establecer un mecanismo complementario para el caso concreto de los *whistleblowers* y respecto de las concretas conductas previstas, lo que permite concluir que esta normativa no resulta superflua y que debe aplicarse como complemento de aquellos otros ámbitos dirigidos a finalidades de lucha contra infracciones legales de todo tipo. La práctica mostrará si la interacción de todos los recursos previstos a efectos de información sobre conductas perseguibles encuentra fácil acomodo.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Seguridad Social. Plan de reordenación y simplificación de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado

Orden ISM/1055/2022, de 31 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el Plan para la reordenación y simplificación del sistema de prestaciones económicas no contributivas de la Administración General del Estado

Igualdad retributiva entre mujeres y hombres

Orden PCM/1047/2022, de 1 de noviembre, por la que se aprueba y se publica el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Carta Social Europea

Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995.

Reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad

Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Modelos normalizados. Ingreso mínimo vital

Resolución de 5 de octubre de 2022, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 26 de enero de 2022, por la que se aprueban los modelos normalizados que deberán cumplimentar los Servicios Sociales y las Entidades del Tercer Sector de Acción Social para certificar el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Constitucional avala la utilización de medios de prueba de grabaciones de videovigilancia en un supuesto de despido disciplinario

Candela Calahorra | Abogada

› Sentencia del Tribunal Constitucional número 119/2022 de 29 de septiembre de 2022

El Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia de 29 de septiembre de 2022 número 119/2022, analiza si resulta válido el medio de prueba de grabaciones de videovigilancia en un supuesto de despido disciplinario. Concretamente, el meritado Tribunal examina si ha existido o no, una vulneración de los derechos a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva al despedir a un trabajador tras haber visualizado las imágenes procedentes de una cámara de seguridad que se encontraba en el centro de trabajo.

Concretamente, la empresa decide despedir disciplinariamente al trabajador al apreciar el gerente de la empresa una bolsa con el signo distintivo de la empresa competidora conteniendo un producto de la empresa. Al finalizar la jornada, y al constatar que dicho producto no se encuentra ya en el mostrador, el gerente de la empresa decide visualizar las cámaras de seguridad comprobando la conducta ilícita determinante del despido.

En primera instancia, el **Juzgado de lo Social** número 1 de Vitoria estima la procedencia del despido al valorar la prueba obtenida mediante las cámaras de seguridad. El Juzgado considera que dichas cámaras de seguridad no eran un medio encubierto, sino que las mismas: quedaban indicadas mediante un cartel distintivo en el centro de trabajo, estaban a la vista de todo el personal. Además, el trabajador despedido conocía que en 2014 otro trabajador resultó despedido al haberse visualizado en las imágenes contenidas en las cámaras de seguridad conductas irregulares que permitieron justificar su despido. Por todo lo anterior, el Juzgado de lo Social concluye que no se ha producido ningún tipo de vulneración de derecho fundamental y en consecuencia estima la prueba lícita, declarando el despido disciplinario procedente.

Sin embargo, el trabajador impugna la sentencia de instancia, interponiendo recurso de suplicación ante el **Tribunal Superior de Justicia del País Vasco** (el “TSJ”). En este caso, la Sala considera cómo ilícita la prueba obtenida, determinando la ilegalidad del resto de prueba practicada y declarando así la improcedencia del despido. Concretamente, la Sala recuerda el Test Barbulescu y la STEDH relativa al asunto López Ribalda para justificar cómo la utilización de imágenes exige una información previa, expresa, clara y concisa. Por su parte, el TSJ considera que el hecho de haber despedido a un trabajador en 2014 no permite justificar el conocimiento de la utilización relativa a las cámaras de seguridad, sino que la empresa tenía la obligación legal de regularizar la situación, informando adecuadamente a los trabajadores según exige la normativa. Así, y al haberse determinado la ilegalidad de dicha prueba sin haber quedado acreditado la independencia y autonomía del resto de pruebas que permitían acreditar la procedencia del despido (i.e. “circunstancias puntuales de una bolsa, presuntas irregularidades en los albaranes” etc.) conlleva a declarar el despido realizado como improcedente.

Recurrir la empresa en casación para la unificación de doctrina. Sin embargo, el Tribunal Supremo no admite el recurso. Ante dicha situación la empresa interpone demanda de amparo alegando que se ha producido una vulneración al derecho de la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Específicamente alega la empresa que el hecho de haber inadmitido la prueba de grabación de imágenes junto con la testifical del gerente de la empresa le coloca en una situación de indefensión.

El Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso de amparo indicando que se cumple aquí con la doctrina de este tribunal y la de Derechos Humanos y se cumple con el juicio de proporcionalidad al ser una medida (i) justificada (al existir una razonable sospecha), (ii) idónea (que permitía comprobar los hechos), (iii) necesaria (el único medio fiable para conocer lo que había ocurrido) y (iv) equilibrada (se limitaba a una zona y a un lapso temporal).

En este caso el Ministerio Fiscal argumenta que como regla general el empresario debe informar de la colocación de las cámaras de seguridad de forma expresa, clara, concisa y precisa. Sin embargo, existe una excepción la cual vendría dada por la comisión de un delito flagrante en cuyo caso las imágenes obtenidas serán consideradas como medio de prueba válido siempre y cuando se hubieran colocado en un lugar visible junto a un distintivo que permitiera advertir sobre la existencia de videovigilancia.

El Tribunal Constitucional considera especialmente trascendente el recurso de amparo planteado al versar sobre un tema de gran actualidad en nuestra sociedad. En este caso, argumenta que el derecho a la intimidad no resulta ser un derecho absoluto, sino que el mismo debe ser debidamente ponderado en el ámbito laboral. El Tribunal concreta también que, en el ámbito laboral debe ponderarse junto con el derecho a la protección de datos el consentimiento realizado, siendo el primordial. Sin embargo, destaca que en el ámbito laboral dicho consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato al reconocer el poder de dirección del empresario.

Ahora bien, y teniendo en cuenta el caso concreto enjuiciado, el Tribunal Constitucional destaca que si bien es cierto que no consta prueba alguna sobre si los trabajadores fueron informados previamente y de forma expresa sobre la instalación de cámaras de seguridad para su eventual uso con fines disciplinarios, cierto es también que las circunstancias concurrentes del caso justifican el supuesto de excepcionalidad planteado. Resulta posible suprimir dicho requisito dada la actuación ilícita cometida. Así, y pese a no poder excluir la responsabilidad de la empresa en cuanto al incumplimiento de su deber de información, no se puede deducir de forma automática la invalidez de la utilización de las imágenes obtenidas toda vez que la conducta ilícita resultó ser flagrante y por ende la visualización de las cámaras de seguridad deben ser consideradas como un medio de prueba válido. En este caso la medida resultaba justificada, idónea, necesaria y proporcionada lo que permite estimar el recurso de amparo interpretando declarando firme la sentencia del Juzgado de lo Social de Vitoria.

Sin embargo, en esta misma sentencia se emite igualmente un **voto particular** de ciertos magistrados que consideran que el recurso de amparo debería haberse desestimado. Concretamente, los magistrados inciden (i) sobre cómo el recurso de amparo no es un medio idóneo para corregir posibles errores en la aplicación del ordenamiento, pudiendo quedar la naturaleza del mismo totalmente desvirtuada, y destacan que (ii) el medio de prueba valorado resulta irregular. En este caso, consideran que la negligencia continuada del empleador al no informar debidamente a los trabajadores provoca la entrada de la situación excepcional de la cual éste solo pretende beneficiarse.

La Audiencia Nacional declara nula por abusiva una cláusula de rendimiento mínimo en el sector del *contact center*

Abogado

- › Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional núm. 130/2022, de 13 de octubre

1. La inclusión de condiciones resolutorias en los contratos laborales es controvertida

La doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo¹ (“TS”) sobre la posibilidad de pactar condiciones resolutorias en el contrato de trabajo y su relación con el artículo 49.1.b) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que

se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“ET”) imposibilita el empleo de las mencionadas condiciones resolutorias para eludir otros mecanismos más adecuados conforme a derecho (v.gr. procedimiento del despido objetivo o, en su caso, colectivo).

Así, el TS estima que en estos supuestos es necesario valorar:

- (i) La **posible existencia de una norma específica que regule la consecuencia que pretende recoger la condición resolutoria** (v.gr., el despido objetivo por la ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora).
- (ii) La **abusividad o no de la cláusula pactada**, pues en el primer caso no es posible alegar que las partes, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, han acordado válidamente la inclusión de una condición resolutoria en el contrato de trabajo.
- (iii) El hecho de que la condición (i.e., la resolución del contrato) quede sujeta a la **voluntad unilateral de una parte**, en este caso de la empresa, especialmente cuando la extinción no tiene una compensación económica como contrapartida.

En el caso particular de las cláusulas de rendimiento mínimo, cuya inclusión es ciertamente controvertida, el TS aprecia la **coexistencia de la condición resolutoria en dichas cláusulas** (i.e., la no consecución de unos objetivos en un determinado periodo de tiempo) **y de la causa de despido disciplinario prevista en el artículo 54.2 e) ET** (i.e., “*la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*”). La controversia jurisprudencial es clara, por cuanto en ocasiones el TS ha entendido que en estos casos deben respetarse las normas del despido disciplinario², esencialmente por las garantías que este procedimiento conlleva para el trabajador, mientras que otras sentencias se decantan por admitir las cláusulas resolutorias sin exigencia de procedimiento extintivo y entendiendo la extinción del contrato por mutuo acuerdo³, siempre que el rendimiento mínimo acordado no resulte abusivo para el trabajador.

El interés por las cláusulas de rendimiento mínimo ha resurgido recientemente, pues en supuestos muy similares el Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Madrid ha admitido una cláusula de rendimiento mínimo del 60% en el contrato de un telefonista (vid. STSJ Madrid 14 de julio 2022, Rec. 236/2022), mientras que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (“AN”) la ha considerado nula en un caso en el que el rendimiento mínimo ascendía al 75%, ambos porcentajes valorados respecto de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores del servicio o plataforma al que esté adscrita la persona trabajadora a quien se pretende aplicar la cláusula de rendimiento mínimo en un periodo de referencia de tres meses.

2. La Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional núm. 130/2022, de 13 de octubre

En el contexto descrito, la reciente sentencia de la **AN 130/2022, de 13 de octubre** (la “Sentencia”), recuperando la doctrina contraria a la validez de este tipo de condiciones resolutorias, considera nula por abusiva la cláusula de rendimiento mínimo fijada a operadores telefónicos de empresas de *contact center*. La AN debía decidir si la cláusula incluida en determinados contratos celebrados a partir del 4 de junio de 2022 (y cuya inclusión fue notificada con carácter previo a la representación legal de los trabajadores) es válida con base en los artículos 49.1 b) ET y 1124 del Código Civil o si, por el contrario, se trata de cláusulas abusivas que pretenden eludir el procedimiento de despido disciplinario (arts. 54 ET y 67 y 68 del Convenio Colectivo sectorial). Como se advierte, de nuevo la doble línea interpretativa mencionada más arriba.

¹ Por todas, vid. SSTs de 17 de septiembre 2014 (rec. 2069/2013), de 22 de diciembre 2014 (rec. 1452/2013) y de 22 de octubre 2005 (rec. 3054/2014).

² Vid. SSTs de 18 de noviembre de 1982 (RJ 1982/4563), de 18 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6845) y de 28 de abril de 1987 (RJ 1987/2816).

³ Vid. SSTs de 11 de junio de 1983 (RJ 1983/2998), de 20 de octubre de 1986 (RJ 1986/6660), de 13 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6338), de 27 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7130) y de 23 de febrero de 1990 (RJ 1990/1215).

Entre los motivos aducidos por la AN para estimar la abusividad de la cláusula (y, por ello, su nulidad), esto es, los elementos de juicio que justifican la necesidad en estos casos de utilizar la vía del despido disciplinario y no la de la extinción informal por mutuo acuerdo se encuentran los siguientes:

- (i) En primer lugar, es una **cláusula no negociada individualmente**, sino impuesta por la empresa, ya que su no aceptación implica la no suscripción del contrato de trabajo, en perjuicio del trabajador. A este respecto, la AN advierte al respecto que los contratos en los que se incluyeron las cláusulas de rendimiento mínimo eran aquellos precisamente destinados a trabajadores con escasa formación y, por tanto, con menores oportunidades para encontrar un trabajo. Abundando en esta idea, del argumento de la AN parece inferirse una suerte de interpretación de uso empresarial unilateral y abusivo de la cláusula, que convertiría su presunta aceptación por la persona trabajadora en una mera adhesión susceptible de penetrar en el terreno de la indisponibilidad de derechos.
- (ii) En segundo lugar, pese a que se introduzca un elemento comparativo (i.e., un porcentaje de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores del servicio), la cláusula excluye cualquier elemento subjetivo u objetivo que pueda explicar el menor rendimiento del trabajador y, en consecuencia, conducir a otra consecuencia distinta a la extinción de modo que la **condición opera de manera automática**, resolviendo *ipso facto* la relación contractual. Ello, en opinión de la AN, evidencia la voluntad empresarial de privar a la persona trabajadora de las garantías propias de un despido disciplinario por bajo rendimiento.

Adicionalmente, la AN entiende que **la actuación de la empresa vulnera el derecho a la negociación colectiva**, puesto que *“la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”* también es una causa de despido disciplinario según el Convenio Colectivo sectorial aplicable a los trabajadores de la empresa y esta, en lugar de respetar esta disposición, ha acudido a la autonomía individual masivamente lo que, según criterio judicial bien conocido, vulnera la eficacia vinculante de la negociación colectiva. Para la AN, esta conducta supone *“prescindir de la necesaria voluntariedad que el bajo rendimiento ha de tener para operar como causa de despido disciplinario, amén de eludir las garantías que en orden al despido disciplinario imponen las leyes sustantivas (art. 55 ET) y procesales”* (fundamento jurídico quinto *in fine*).

3. Conclusiones

La sentencia de la AN mantiene la doctrina mayoritaria del TS sobre las cláusulas de rendimiento mínimo, si bien algunos de sus pronunciamientos son cuestionables, especialmente con base en la mencionada STSJ de Madrid. Así, cabría plantearse, tal y como hace el TSJ, si estas cláusulas pueden fundamentar válidamente un despido que, de acuerdo con la condición resolutoria estipulada, permita a la persona trabajadora defenderse una vez conocido su rendimiento y el resultado medio del servicio al que se adscribe.

Lo que queda claro a partir de la sentencia estudiada es que las empresas deben ser cautas a la hora de establecer condiciones resolutorias motivadas por escaso rendimiento o falta de consecución de objetivos, especialmente cuando no se contemple ninguna compensación económica como contraprestación, pues existe un riesgo cierto de que se estime la existencia de vulneración de las normas sustantivas y procesales inherentes al despido. Por lo tanto, parece imponerse una interpretación aún más restrictiva de aquellos casos que caben subsumirse bajo lo dispuesto en el art. 49.1 b) ET, lo que podría llegar incluso al extremo de vaciar de contenido esta causa extintiva, evitando que el bajo rendimiento escape de su única valoración como una causa de despido disciplinario (con los elementos de culpabilidad y gravedad en la conducta de la persona trabajadora propias de esta máxima sanción).

El TSJ de Madrid considera nulo dar referencias negativas de una antigua trabajadora cuando éstas suponen una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva

Belén López Gardey | Asesora jurídica

› Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección segunda), número 608/2022, de 15 de junio (Rec. 442/2022)

1. Los hechos debatidos

El Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Madrid considera nula la conducta de una empresa consistente en dar referencias negativas sobre una antigua trabajadora a los gerentes de las empresas a cuyos procesos selectivos concurrió dicha trabajadora, si con ello se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución Española (“CE”). En contra del criterio del Juzgado de lo Social (“JS”) número 20 de Madrid, que conoció el caso en instancia, la Sala entiende que la libertad de expresión de la empresa encuentra su límite en los derechos a la intimidad, a la protección de datos y, en este supuesto, a la tutela judicial efectiva.

La trabajadora prestaba servicios por cuenta de una empresa dedicada a la comercialización, distribución y compraventa de teléfonos móviles y sus accesorios desde septiembre de 2015 como supervisora de rutas, stock, datos económicos y, en general, de la actividad de la empresa. Los hechos probados por el JS recogen que en octubre de 2016 la trabajadora remitió un burofax a la empresa solicitando el fin de la situación de trato vejatorio y humillante que sufría. Posteriormente, la trabajadora, que estuvo de baja por maternidad hasta mayo de 2017, solicitó en el previo momento a su incorporación una reducción de 1/8 de jornada por guarda legal. La empresa no respondió a la solicitud hasta la fecha efectiva de incorporación de la trabajadora, cuando le concede una semana de vacaciones.

En septiembre de 2017, la empleadora accede a la reducción, pero no en el horario indicado por la trabajadora, lo que motiva la interposición de una demanda para la protección de derechos de conciliación. Finalmente, la trabajadora desiste de este procedimiento, si bien posteriormente demanda a la mercantil por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Este segundo procedimiento concluyó igualmente por desistimiento, puesto que la trabajadora llegó a un acuerdo en conciliación con la empresa en el que procedía a la extinción de su contrato de trabajo con fecha de efectos el 23 de enero de 2018 y al reconocimiento de la improcedencia de la medida, recibiendo en el acto la correspondiente indemnización.

Se declara igualmente probado que entre junio y septiembre de 2018 la trabajadora participó en diferentes procesos selectivos, si bien en la sentencia del JS se mencionan expresamente dos, en los que se produce una dinámica prácticamente idéntica. Así, los gerentes de sendas entidades contactaron con el Director de Recursos Humanos (“Director RRHH”) de la anterior empleadora de la trabajadora a fin de obtener referencias de la trabajadora, quien ya se encontraba en fases muy avanzadas del proceso de selección en los dos casos. El Director RRHH indicó a ambos gerentes que en cuanto la relación laboral de la trabajadora devino indefinida esta se quedó embarazada y que, además, acosaba a los comerciales y ocasionaba problemas judiciales a la empresa, por lo que no quería volver a verla.

En ambos casos, la trabajadora fue expulsada de los procesos selectivos a causa de estas malas referencias, según indicaron los gerentes de aquella, tras preguntar por el motivo de su rechazo en fase tan avanzada del proceso. Además, uno de los gerentes grabó la conversación con el Director RRHH en su teléfono móvil y la guardó en un pendrive, que posteriormente entregó a la trabajadora quien, a su vez, aportó como prueba en el proceso origen de la sentencia que se comenta.

La trabajadora solicitó la estimación íntegra de la demanda, en la que expresamente suplicaba:

- (i) se declarase su derecho al trabajo;
- (ii) la cesación de la conducta de la anterior empleadora, consistente en compartir referencias negativas que evitaban su contratación;
- (iii) la nulidad de la actuación empresarial;
- (iv) la condena a la empresa al abono de una indemnización por daños y perjuicios de 65.210 €;
- (v) la imposición a la empresa de una sanción de 60.000 €.

Tras desestimar la excepción procesal de falta de competencia de la jurisdicción social para conocer la demanda opuesta por la empresa, la sentencia del JS desestima la demanda, entendiendo que la conducta activa provino de las empresas seleccionadoras, que fueron las que solicitaron referencias al Director de RRHH quien las facilitó en un ejercicio de libertad de expresión ajustado al art. 20.1 a) CE. La jueza *a quo* consideró, adicionalmente, que no había quedado probado que la anterior empleadora buscara generar comportamientos discriminatorios o perjuicios en las expectativas profesionales de la trabajadora, sino que las empresas selectoras tenían plena libertad de contratación y actuaron en consecuencia, sobre datos veraces que, como tales, no afectaban negativamente a la reputación de la trabajadora.

2. Los argumentos del Tribunal

La demandante, disconforme con la sentencia de instancia, interpone recurso de suplicación, que fue impugnado por la empresa. Los autos fueron elevados al TSJ de Madrid, que conoce el recurso y lo estima en parte, no sin antes pronunciarse en contra de la revisión de hechos probados pretendida en la impugnación al recurso. Así, la empresa pretendió suprimir tanto el ordinal referido a la conversación que grabó el gerente de una de las empresas con el Director RRHH de la demandada como todos los hechos que se derivan de dicha prueba.

En primer lugar, porque sobre dicha prueba pesa una denuncia ante la AEPD, cuestión que el TSJ de Madrid considera improcedente y no vinculante para la jurisdicción social.

En segundo lugar, porque estima que la grabación es ilícita, a lo que el TSJ, en un Fundamento Jurídico Primero muy extenso y bien fundamentado, se opone por tres motivos.

- (i) La admisión de la grabación y su audición en juicio no supone vulnerar el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), puesto que no ha existido una interceptación de una conversación ajena, en la medida en que la ha aportado indirectamente uno de sus intervinientes.
- (ii) Tampoco se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal del Director RRHH (art. 18.1 CE), porque aun asumiendo que las informaciones contenidas en la grabación perteneciesen a la esfera privada, uno de sus intervinientes ha decidido levantar cualquier reserva sobre el conocimiento de los demás al ofrecerle el pendrive continente de la conversación privada a la trabajadora.

Adicionalmente, el TSJ valora que no consta que el gerente de la empresa seleccionadora estuviese sometido a un deber expreso de confidencialidad o secreto y que el uso de la grabación no es desproporcionado o ilegítimo, en tanto no revela informaciones relativas a la vida privada y, en todo caso, la revelación se produce en el seno de un proceso.

En relación con lo anterior, la Sala ad quem esboza un razonamiento especialmente interesante, pues entiende que la grabación simplemente permite dar veracidad y credibilidad al testimonio del gerente, quien testifica

sobre el contenido de una conversación entre él mismo y el Director RRHH, sin que dicha testifical -ni ninguna otra en la que se desvele una conversación privada- se impugnara por la empresa demandada.

- (iii) El TSJ entiende que no ha existido una vulneración del derecho a la protección de datos del Director RRHH. De manera sucinta, la Sala estima que no estamos ante un tratamiento automatizado de datos, ya que se trata de una grabación en cuya captación ha intervenido una persona humana, no un algoritmo o programa informático. Además, no puede entenderse que la grabación sea un fichero en el que un conjunto de datos automatizados esté destinado a incluirse, puesto que un audio contenido en un pendrive no permite búsquedas de determinadas informaciones, rasgo definitorio de un fichero para la normativa de protección de datos. Finalmente, el argumento definitivo para el TSJ de Madrid es que el consentimiento, que en líneas generales determina que el tratamiento de datos personales sea legítimo, no es un requisito inexcusable cuando concurre, por ejemplo, un interés vital o legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero, como entiende la Sala que es el caso de la trabajadora demandante.

Rechazada la revisión de hechos probados y, por tanto, admitida la valoración de la grabación efectuada por el JS y los hechos que se prueban con la misma, la Sala aclara cuestiones de sumo interés.

De una parte, considera que no estamos ante el procedimiento oportuno para reclamar vulneraciones al derecho al trabajo (art. 35.1 CE), pues no es un derecho fundamental digno de la protección reforzada del art. 53.2 CE y, por ende, merecedor de tutela a través del procedimiento de protección de los derechos fundamentales recogido en los arts. 177 a 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

De otra, el TSJ aclara que no existe ningún derecho a la garantía de indemnidad, como parece articularse en el recurso, sino que la garantía de indemnidad es un instrumento que permite a la persona trabajadora hacer valer el derecho fundamental lesionado en caso de existir una represalia empresarial. El derecho fundamental de referencia en este supuesto es la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en la medida en que las referencias negativas se producen a colación de las reclamaciones efectuadas por la trabajadora, por lo que la Sala procede a analizar si la actuación de la antigua empleadora pudo lesionar la tutela judicial efectiva.

Al respecto, el TSJ de Madrid aclara que, en general, si una persona trabajadora invoca como mérito en su *curriculum vitae* un empleo anterior y, adicionalmente, facilita los datos de contacto de la anterior empleadora, está autorizando implícitamente a la empresa seleccionadora a solicitar referencias que, cabe sean negativas. En este sentido, si la empresa cuestionada se limita a ofrecer datos objetivos, que no vulneran el derecho a la intimidad personal o a la protección de datos, su actuación no es antijurídica, aclarando la Sala que se protege la libertad informativa de la empresa (art. 20.1 d) CE), siempre y cuando dicha información sea veraz.

No obstante, el TSJ entiende en el caso, que se han excedido los límites de la libertad de información, porque:

- (i) los datos transmitidos por el Director RRHH incluyen opiniones y valoraciones de la trabajadora, lo que se encuadra en el ámbito de la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE) y no de información; y
- (ii) la información no es veraz si contiene un sesgo valorativo, bien por la información seleccionada en la transmisión, bien en la forma de presentación.

Habida cuenta de que el Director RRHH emitió opiniones acerca de la trabajadora y que, por tanto, lo que se produjo fue un ejercicio de su libertad de expresión -no de información-, la Sala continúa argumentando que ha habido un exceso susceptible de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora, porque los comentarios iban dirigidos a dos aspectos: (i) la maternidad de la trabajadora y (ii) las demandas entabladas por ella vigente la relación laboral.

Por ello, el TSJ estima que las opiniones del Director RRHH identifican la situación de maternidad con las reclamaciones judiciales, lo que redunda en una valoración negativa de la trabajadora. Esa valoración negativa, añade el Tribunal, es una represalia, pues busca perjudicar a la trabajadora y sus oportunidades de contratación por las reclamaciones que esta efectuó en el seno de la relación laboral, lo que conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva y, ahora sí, con la garantía de indemnidad. Por tanto, aunque en general las empresas tienen derecho a la libertad de expresión, con independencia de que sus opiniones influyan en los procesos selectivos posteriores, esa libertad se excede cuando, por la forma en que se transmiten las opiniones, la intención sea producir un perjuicio como reacción al ejercicio de un derecho fundamental, como estima el TSJ de Madrid que ha sucedido en ese caso.

Lo anterior lleva a la Sala a sentenciar:

- (i) que ha existido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora por parte de la antigua empleadora;
- (ii) que la actuación del Director RRHH, consistente en proporcionar referencias negativas, es nula;
- (iii) el cese y la abstención en la conducta a futuro; y
- (iv) la condena a abonar a la trabajadora una indemnización por importe de 6.251 €, ya que se trata de una infracción muy grave de conformidad con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. No obstante, el TSJ reduce considerablemente la cuantía solicitada por la trabajadora porque, aunque entienda que hay una relación causal clara entre la conducta de la empresa y la no contratación, considera que la decisión última era de las seleccionadoras. Por ello, sin analizar la conducta de estas últimas -por no haberse solicitado en la demanda-, procede moderar la culpabilidad de la antigua empleadora.

3. Conclusiones

Esta sentencia del TSJ de Madrid estudia un supuesto tan frecuente como interesante en el seno de los procesos selectivos, como es la solicitud de referencias por parte de la empresa seleccionadora a la anterior empleadora y el impacto que estas tienen en la contratación de las personas trabajadoras. No sin antes pronunciarse sobre una cuestión que, a nuestro juicio, es igualmente relevante: la admisibilidad de una grabación de audio con base en la concurrencia de un interés legítimo -en este caso, el de la trabajadora demandante-, que matiza la ausencia de consentimiento previo y por escrito de la persona cuyos datos personales pueden verse afectados -en este caso, del Director RRHH-.

La tesis del TSJ ampara las libertades de información y de expresión de las empresas, incluso para dar referencias negativas, siempre que las mismas se desarrollen dentro de los límites de ejercicio de cada uno de estos derechos. Lo que no parece permitido es la utilización de estas libertades como represalia, a fin de causar un ulterior perjuicio a la trabajadora, lo que es coherente con la tesis tanto del Tribunal Supremo, en relación con la garantía de indemnidad, como del Tribunal Constitucional, sobre los límites de los derechos fundamentales.

El Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias declara improcedente el despido de una empleada pese a acreditarse un total de 175 faltas de puntualidad en un período de seis meses

Sergio García Gavira | Asesor jurídico

› Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias núm. 1715/2022, de 28 de julio, Rec. 647/2022

1. El despido disciplinario por faltas injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo y la aplicación de la “teoría gradualista”

El despido disciplinario es, sin duda, la manifestación más grave del poder sancionador empresarial de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Por ello, el artículo 54 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ("ET") exige para su aplicación un incumplimiento grave y culpable del empleado, en una lógica relación de proporcionalidad entre infracción laboral y sanción empresarial. En este sentido, el apartado segundo del citado precepto recoge los incumplimientos contractuales, a la manera de tipos, que avalan la extinción contractual por voluntad del empresario, entre los que debemos destacar, por ser el objeto de análisis, *"las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo"*.

Pues bien, pese a que el análisis casuístico e individualizado dificulta la unificación de doctrina en materia de despido disciplinario, existen importantes pronunciamientos que interpretan la aplicación del artículo 54.2 a) ET. Entre ellos, cobran especial relevancia los siguientes:

- (i) **Sentencia del Tribunal Supremo**, Sala Sexta, de lo Social, de 25 nov. 1985 (R) 1985/5848):

"El despido disciplinario, máxima sanción que sufre el trabajador, sólo le puede ser impuesto por el empresario en virtud de incumplimiento contractual grave y culpable, según el art. 54.1 ET, que determina así que las conculcaciones catalogadas en el art. 54.2 ET necesariamente han de reunir aquellos dos exigidos caracteres, por lo que, en relación con las faltas de asistencia y puntualidad, la doctrina jurisprudencial ha reiterado que no operan objetiva y automáticamente, sino que han de ser estudiadas en su realidad, en el momento en que se producen, con los efectos que causan, de forma específica y singular en cada caso y con atención al siempre importantísimo factor humano."

- (ii) **Sentencia del Tribunal Supremo**, Sala Cuarta, de lo Social, de 19 jul. 2010, Rec. 2643/2009:

En esta sentencia, el Alto Tribunal, en consonancia con otros pronunciamientos⁴, establece que en *"las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción y, en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano."*

- (iii) **Sentencia del Tribunal Supremo**, Sala Cuarta, de lo Social, de 3 nov. 2011, Rec. 7/2010:

"El enjuiciamiento del despido debe hacerse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto."

Sentado lo anterior, a la vista de la doctrina jurisprudencial citada, es importante tener en cuenta que, para articular un despido ex art. 54.2 a) ET se debe realizar un análisis individualizado del caso en concreto, un estudio pormenorizado de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes y un examen de la imputabilidad del incumplimiento.

2. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 1715/2022, de 28 de julio de 2022, Rec. 647/2022

Con los antecedentes referidos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 28 de julio de 2022 (la "Sentencia"), en aplicación de la teoría gradualista mencionada ut supra, establece que, pese a

⁴ Vid. SSTs de 15 de enero de 2009 (Rec. 2302/2007), de 28 de enero de 1984 (R) 1984/111), de 15 de octubre de 1990 (R) 1990/7686) y 20 de febrero de 1991 (R 1991/854).

que ha quedado acreditado un total de 175 faltas de puntualidad de una empleada en un período de seis meses, la pasividad, la tolerancia y la aquiescencia de la empresa no permiten, en este caso, llevar a cabo un despido disciplinario, por la desproporción e incongruencia que supondría la consecuencia sobre la trabajadora de la decisión empresarial.

A estos efectos, entre los motivos contemplados en la sentencia para declarar la improcedencia del despido, destacan los que se señalan a continuación:

- (i) Que la empresa conocía sobradamente, o debía conocer, que la empleada venía incorporándose tarde a su puesto de trabajo desde enero de 2020, en tanto que la empleadora tenía un número muy reducido de trabajadores en plantilla y aquella sancionada era la única según consta en los registros de jornada desde 2020 que llegaba tarde a su puesto de trabajo. Situación prolongada durante estos dos años que, sin embargo, en ningún caso determinó un apercibimiento de la empresa a la empleada como resultado de tales retrasos. Además, se añade que en fecha 4 de diciembre de 2020 la empresa remitió, a solicitud de la empleada, el registro horario donde constaban las horas de salida y entrada, lo que, a juicio del tribunal, resultó una situación propicia para haberse podido advertir a la empleada respecto de una conducta que no puede calificarse de ignorada. **En efecto, la empresa no realizó ninguna llamada de atención, ni requerimiento, ni apercibimiento verbal o escrito, ni imposición de ninguna sanción disciplinaria como consecuencia de tales retrasos.** A mayor abundamiento, ni en la reunión con el superior jerárquico producida en mayo de 2020 ni en las normas de cumplimiento del centro que se remitieron a los empleados en fecha de julio de 2021 se hizo mención alguna a los incumplimientos del horario laboral efectuado por la empleada.
- (ii) Que, la empresa, a la vista de estos hechos, mostró en todo momento una actitud pasiva, de tolerancia y de aquietamiento tácito hacia las faltas injustificadas de puntualidad de la empleada. Por lo tanto, **el despido no puede ser la primera y única reacción a ese comportamiento, ya que resulta, en todo caso, irracional, desproporcionado e incongruente.** A la sanción debió preceder a una advertencia por parte de la empresa a la empleada acerca de lo inadecuado, incorrecto y sancionable de esa forma de proceder, o incluso la imposición de una sanción grave o leve según resultara del Convenio Colectivo de aplicación y, solo ulteriormente, de hacerse caso omiso de tal apercibimiento o continuar la conducta infractora interpretar la existencia de una falta muy grave para proceder al despido.
- (iii) Que, en este caso, ***“el despido es una respuesta desmedida, en tanto que la empresa pasa de tolerar el proceder de la trabajadora a extinguir el contrato de trabajo*** sin pasar si quiera por las fases previas de sanción por falta leve o por falta grave llegado el caso, de ahí la desproporción entre el comportamiento de la trabajadora y la respuesta de la empresa”.

3. Conclusiones

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo, supone una nueva reafirmación de la consolidada aplicación a los despidos disciplinarios ex art. 54.2 a) ET de la teoría gradualista. En este sentido, el Tribunal recuerda que, para llevar a cabo la más grave decisión empresarial en el orden social, se requiere un análisis previo de los hechos acaecidos, un estudio pormenorizado de las circunstancias del caso y una correcta aplicación previa del régimen sancionador aplicable a la relación laboral, que presupone el desenvolvimiento de los principios de culpabilidad y gravedad de la conducta laboral sancionable.

De igual manera, en relación con la calificación de la extinción, el TSJAS determina que, en la medida en que en el juicio de despido se revisa la decisión empresarial para declarar la procedencia o la improcedencia, se ha de realizar por los tribunales un juicio de valor y ponderación sobre la gravedad de la falta invocada por la empresa, sobre la culpabilidad de la empleada y sobre la proporcionalidad de la decisión.

Novedades jurisprudenciales

Con este pronunciamiento, quizá más llamativo por el volumen cuantitativo de faltas de puntualidad cometidas por la empleada, los tribunales -en una posición claramente alineada en la regla interpretativa in dubio pro operario- detallan de manera específica cómo debe ser el modo de actuar de las empresas para poder prescindir disciplinariamente de un empleado. Así, se determina que no solo se deben respetar, como es evidente, las formalidades del art. 55 ET, sino que, además, ha de prestarse especial atención al modo de actuar de la empresa antes de proceder a la extinción hasta justificar el adecuado principio de congruencia y proporcionalidad. Y es que, como ha quedado evidenciado, el aquietamiento, la posición pasiva y la tolerancia empresarial ante un incumplimiento grave y culpable del empleado puede suponer que la decisión empresarial de extinción sea calificada como improcedente, no por la falta de gravedad de la conducta o la duda sobre su existencia, sino por la inactividad empresarial que podría pasar por tolerancia y subsanar el incumplimiento de la persona trabajadora.

Coordinadores de la Newsletter

Yolanda Valdeolivas | Of Counsel de Laboral

yvaldeolivas@perezllorca.com

T. +34 91 389 01 80

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

Copyright © 2022 Pérez-Llorca.
Todos los derechos reservados.
Esta comunicación es una
selección de doctrina y normativa
que se ha considerado relevante
sobre los temas de referencia
durante el período especificado.
La información de esta página no
constituye asesoramiento jurídico
en ningún campo de nuestra
actuación profesional.



Pérez-Llorca

Castellana 50
28046 – Madrid

—
Castellana 259 A
28046 – Madrid

—
Diagonal 640, 8ºA
08017 – Barcelona

—
17 Hill Street
W1J 5LJ – London

—
375 Park Avenue 38th floor
10152 – New York

—
Rue Belliard 9
1000 – Brussels

www.perezllorca.com

