

Pérez-Llorca

Newsletter  
Laboral



**11 y 12 / 2015**

---

Copyright © 2015 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.

# Índice

## Artículos Doctrinales

- 4** Cuestionable validez de los controles de alcohol y drogas en el trabajo. Derecho a la protección de los trabajadores versus derecho a la intimidad.  
Laura Pérez Benito

## Novedades Legislativas

- 8** Real decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social  
Ángel Castro Temes

## Novedades Jurisprudenciales

- 9** Otorgar condiciones salariales distintas a trabajadores que realizan las mismas funciones no es discriminatorio. Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2015 (Recurso 167/2015)  
M<sup>a</sup> Eugenia de la Cera Guerrero
- 10** La garantía de la indemnidad en relación a los despidos objetivos por causas económicas. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 2015 (Recurso de amparo 155/2013)  
Pablo Olábarri Candela
- 11** El Tribunal Superior de Justicia de Madrid acepta como comunicación de baja voluntaria mensajes enviados a través de whatsapp. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de junio de 2015 (Recurso 817/2014)  
Ángel Castro Temes
- 12** Más discrepancias entre la normativa española y europea a la hora de computar los umbrales del despido colectivo. Sentencia de la sala primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14)  
Pablo Olábarri Candela
- 14** Es nula la cláusula incluida en un contrato de trabajo que obliga al trabajador a proporcionar a la empresa su teléfono móvil y/o correo electrónico personal. Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 (Recurso de casación 259/2014)  
Jon Irusta Verdejo
- 15** Si no tienes nada bueno que decir de tu ex – empleado, mejor no digas nada. Sentencia de la sala civil del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2015  
Carlos Goñi Domínguez
- 16** No siempre es necesario continuar prestando servicios en la empresa cuando se solicita la extinción del contrato por falta de pago. Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2015 (Rec. Núm. 2621/2014)  
Laura Pérez Benito



## CUESTIONABLE VALIDEZ DE LOS CONTROLES DE ALCOHOL Y DROGAS EN EL TRABAJO. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES VERSUS DERECHO A LA INTIMIDAD

---

Laura Pérez Benito • Abogada

### I. Introducción

Según la Organización Mundial de la Salud, España prácticamente duplica la tasa mundial de consumo de alcohol y está por encima de la media europea. Lo mismo ocurre con el consumo de determinadas sustancias ilegales, donde nuestro país se encuentra a la cabeza de los países europeos.

Esta prevalencia en el consumo de alcohol y otras drogas se extiende al ámbito laboral, siendo elevado el número de trabajadores afectados por el influjo de estas sustancias en el horario y lugar de trabajo. Como es obvio, esta situación tiene un grave impacto para las empresas. No sólo incide negativamente en la productividad de los trabajadores e incrementa la conflictividad social sino que provoca también una parte importante de accidentes de trabajo.

Lo anterior obliga a las empresas, como garantes de la seguridad de sus trabajadores, a adoptar medidas de prevención, e incluso de intervención, especialmente diseñadas para combatir el consumo de alcohol y drogas en el trabajo. Entre estas medidas destacan, por la polémica que suscitan, los controles de alcohol y drogas, polémica que deriva del eterno conflicto entre el derecho a la seguridad y el derecho a la intimidad, en esta ocasión, de los trabajadores.

A través del presente artículo se analizará si es posible que las empresas realicen este tipo de controles a la plantilla, y de ser el caso, los requisitos que debería cumplir el empresario para garantizar el derecho a la intimidad de los trabajadores así como las consecuencias laborales que se podrían derivar de esta medida empresarial.

### II. ¿Es posible realizar un control de alcohol y estupefacientes a los trabajadores?

En primer lugar, debemos señalar que con carácter general no existe ninguna regulación específica sobre la posibilidad de llevar a cabo controles de alcohol y drogas en el ámbito laboral.

En los escasos precedentes judiciales en los que se debate esta cuestión nuestros tribunales parten de la regulación establecida en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (“LPRL”).

Dicho precepto impone al empresario el deber de garantizar a sus trabajadores la vigilancia de su salud y ello en función de los riesgos aparejados al trabajo. Ahora bien, dicha obligación de vigilancia requiere del previo consentimiento de los trabajadores a estos efectos. De esta forma, la vigilancia de la salud de los trabajadores se configura, más que como un deber del empresario, como un derecho de los trabajadores.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa nos encontramos con que la posibilidad del empresario de realizar controles de alcohol y drogas se ve limitada por la necesidad de recabar el consentimiento de los trabajadores. Así, lo han interpretado con carácter general nuestros tribunales que incluso vienen a exigir que el trabajador sea efectivamente informado del tipo de control que va a practicarse para considerar válido el control.

De esta suerte, frente a lo que sucede en otros países en los que sí cabe la posibilidad de exigir a los trabajadores un control de alcohol y drogas, en nuestro caso dicho control tiene carácter voluntario y se determinará nulo, e incluso vulnerado el derecho a la intimidad de los trabajadores, si se impone con carácter obligatorio o si, habiendo los trabajadores prestado su consentimiento, se demuestra que no habían sido debidamente informados acerca del alcance de la medida.

Existen sin embargo tres supuestos excepcionales contemplados en la LPRL, a través del mencionado artículo 22, en los que sí se consideraría viable la implementación obligatoria por parte del empresario de reconocimientos médicos a los trabajadores. Se trata de los siguientes casos:



- (i) Supuestos en los que exista una disposición legal que así lo establezca en casos de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.
- (ii) Supuestos en los que resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.
- (iii) Supuestos en los que resulte imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

El elenco de supuestos previstos legal y reglamentariamente es, sin embargo, muy reducido. Destaca la inclusión de esta previsión en relación con las actividades realizadas en instalaciones nucleares y radiactivas, en trabajos con riesgos de amianto, en el sector aéreo y en el ferroviario.

La redacción literal de los otros dos supuestos excepcionales parece lo suficientemente amplia como para justificar la obligatoriedad de los controles de este tipo en relación con actividades que claramente pueden revestir de especial peligrosidad como podrían ser los trabajos en altura.

Pese a lo anterior nuestros tribunales son muy restrictivos a la hora de considerar válido un control en estos supuestos. Se ha llegado a estimar la validez de un test de detección de consumo de alcohol y drogas en casos extremos, como el de un trabajador que prestaba servicios como conductor de ambulancia. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones nuestros tribunales suelen declarar la nulidad de la prueba por considerar que, bien no era imprescindible para evitar los riesgos, o bien existían medidas menos gravosas para lograr los mismos fines.

Si se entiende que nos encontramos en uno de los supuestos excepcionales anteriores hay que tener en cuenta un requisito adicional para considerar válido el control y que no es otro que solicitar previamente un informe a los representantes de los trabajadores. Esta condición no se convierte sin embargo en un obstáculo a la realización del control, habida cuenta que dicho informe no tiene carácter vinculante salvo, claro está, que el convenio colectivo lo establezca así.

### **III. ¿Cómo se debe llevar a cabo un control?**

Siendo válida la posibilidad de realizar el control, ya sea porque el trabajador haya prestado su consentimiento a tal efecto o porque nos encontremos ante supuestos excepcionales en los que los controles se puedan imponer con carácter obligatorio, será necesario asegurar que no se vulneran los derechos a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores así como la confidencialidad de la información relacionada con el estado de salud.

En la práctica esto implicará adoptar, principalmente, las siguientes precauciones:

- (i) Los test de detección de consumo de alcohol y drogas deberán realizarse por personal sanitario con competencia técnica, formación y experiencia acreditada.
- (ii) Deberán causarse al trabajador las menores molestias posibles, realizando el menor número de ellas y asegurando su proporcionalidad a los riesgos.
- (iii) Se deberá garantizar el derecho del trabajador a conocer los resultados. El empresario, sin embargo, sólo deberá conocer las conclusiones sobre la aptitud del trabajador en relación con el puesto de trabajo a desarrollar.
- (iv) La empresa deberá mantener la confidencialidad sobre los datos conocidos acerca de las condiciones de la salud del trabajador.
- (v) Los datos obtenidos a través del control no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

#### **IV. ¿Qué consecuencias legales tendría la calificación de un trabajador como no apto?**

La primera medida deberá consistir en solicitar al trabajador el abandono de su puesto de trabajo. Asimismo, podrá iniciarse un procedimiento sancionador. Ahora bien, será necesario cumplir ciertos requisitos para que la sanción sea procedente.

En primer lugar deberá acreditarse que la conducta del trabajador repercute negativamente sobre su trabajo, demostrando por ejemplo la existencia de una merma en las facultades de percepción, coordinación y razonamiento y/o probando que el tiempo invertido en la ingesta del alcohol o estupefacientes se traduce en tiempo en que no media actividad productiva. También habrá que demostrar que se ha respetado el procedimiento establecido al efecto y que la sanción impuesta se ajusta a la gravedad del hecho.

La sanción podrá ser incluso de la máxima gravedad, es decir, podría llegar a despedirse al trabajador, pero para ello la empresa deberá probar que concurre una nota de habitualidad.

Por último, mencionar que también podría ser susceptible de sanción la conducta de un trabajador que se niega a someterse a un test de detección de consumo de alcohol y drogas cuando dicho test tenga carácter obligatorio.

#### **V. Conclusiones y recomendaciones**

La regla general de voluntariedad en la realización de los controles de consumo de alcohol y drogas dificulta considerablemente la obligación de la empresa de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

Es importante que las empresas que tengan el objetivo de implementar controles de alcohol y drogas en el trabajo, especialmente aquellas que pretendan trasponer a su normativa interna la política de consumo de alcohol y drogas en el ámbito laboral de la empresa matriz sita en otro país, tengan en cuenta esta regla general de voluntariedad y analicen si podrían subsumirse en aquellos supuestos en los que la ley admite con carácter excepcional la implementación de estas medidas con carácter obligatorio.

En cualquiera de los casos será recomendable preparar un protocolo de actuación interna para combatir el consumo de alcohol y drogas en el trabajo, debiendo incluirse en el mismo no sólo medidas de detección sino también cualesquiera otras medidas de prevención que puedan resultar útiles para reducir, o incluso eliminar, los efectos del consumo nocivo de estas sustancias.

## **REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015, DE 30 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

---

**Ángel Castro Temes • Abogado**

El pasado día 31 de octubre de 2015 se publicó el Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (el “RDL 8/2015”) y en el que se refunden diversas normas y regímenes que hasta este momento estaban regulados de forma dispersa en nuestro ordenamiento.

Debemos de tener en cuenta que, en este caso, además de la refundición de normas, el mandato del legislador era más extenso pudiendo aclarar y armonizar las diferentes disposiciones que se han incluido en la nueva norma. Todo ello ha llevado a un nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social más amplio y con una nueva sistemática que guarda poca correspondencia con el anterior. Así, hemos pasado de solo tres Títulos a seis y de 234 artículos a 373 (a la vez que también se han incrementado las disposiciones adicionales y transitorias).

Los cambios más llamativos son la inclusión de nuevos regímenes que hasta este momento contaban con su propia regulación normativa. En este sentido, el nuevo RDL 8/2015 incluye, por ejemplo, el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (que se insertan en un nuevo Título inexistente en el anterior texto refundido) y el de los trabajadores agrarios (por cuenta ajena o propia) así como el de los empleados del hogar.

En el apartado relativo al Régimen General se incluyen varios capítulos que regulan ciertas particularidades que afectan a determinados trabajadores como los empleados a tiempo parcial o, como ya hemos adelantado, a los trabajadores por cuenta ajena del régimen agrario y empleados del hogar.

Además de lo anterior, se crean otros dos nuevos Títulos, uno sobre protección por cese de actividad y otro que agrupa la normativa aplicable a las prestaciones no contributivas.

Finalmente, esta norma entrará en vigor el próximo día 2 de enero de 2016, exceptuando la regulación sobre el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social que se aplicará a las pensiones contributivas que se otorguen a partir del día 1 de enero de 2016 y el factor de sostenibilidad de las pensiones que se aplicará a las pensiones de jubilación que se causen a partir del 1 de enero de 2019.



## **OTORGAR CONDICIONES SALARIALES DISTINTAS A TRABAJADORES QUE REALIZAN LAS MISMAS FUNCIONES NO ES DISCRIMINATORIO. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 15 DE OCTUBRE DE 2015 (RECURSO 167/2015)**

---

**M<sup>a</sup> Eugenia de la Cera Guerrero • Abogada**

La Audiencia Nacional ha declarado que las empresas pueden otorgar condiciones salariales distintas a trabajadores que realizan exactamente las mismas funciones, sin que ello constituya una discriminación en el sentido del artículo 14 de la Constitución Española, siempre y cuando esta decisión se plasme en los contratos de trabajo y no en un convenio colectivo.

En este caso, la diferencia de trato se establece entre los trabajadores incorporados como consecuencia de una sucesión de empresa, que conformaban la plantilla inicial de la sociedad cesionaria, y los trabajadores contratados por esta con posterioridad.

El primer grupo originariamente percibía un plus de peligrosidad en virtud del convenio colectivo aplicable en la empresa cedente. Sin embargo, en previsión de su traspaso a la nueva entidad jurídica, el empleador decide contractualizar, entre otros, este complemento salarial, con el fin de perpetuarlo en sus condiciones salariales.

En la entidad cesionaria se aplica un convenio colectivo que no prevé ningún plus de peligrosidad y, por tanto, la dirección decide que los trabajadores de nuevo ingreso no percibirán ninguna cantidad por este concepto, a pesar de estar expuestos a las mismas sustancias tóxicas y desarrollar las mismas actividades que el resto.

Ante esta situación, los sindicatos plantean un conflicto colectivo por entender que esta diferencia de trato es injustificada y, por lo tanto, discriminatoria.

No obstante, la Sala desestima la demanda con base en los siguientes razonamientos:

- (i) En la medida en que la diferencia de trato no se establece por convenio colectivo, no resulta de aplicación la doctrina de la “doble escala salarial”, o lo que es lo mismo, el deber de igualdad de trato que se le impone a los poderes públicos.
- (ii) En el ámbito de las relaciones privadas, la prohibición de discriminación sólo se establece en consideración a condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas.
- (iii) Por lo tanto, y toda vez que ser trabajador de nuevo ingreso no constituye un factor de discriminación contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, se valida la actuación de la empresa.

## **LA GARANTÍA DE LA INDEMNIDAD EN RELACIÓN A LOS DESPIDOS OBJETIVOS POR CAUSAS ECONÓMICAS. SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13 DE OCTUBRE DE 2015 (RECURSO DE AMPARO 155/2013)**

---

**Pablo Olábarri Candela • Abogado**

El Tribunal Constitucional revisa en esta Sentencia la distribución de la carga de la prueba en las extinciones por causas económicas, cuando por parte del trabajador se alega la existencia de vulneración de sus derechos fundamentales.

En concreto, en el caso en cuestión la empresa impuso unilateralmente a su trabajadora una reducción de jornada mediante una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, medida que justificó en la necesidad de reducir costes salariales dada la delicada situación económica de la empresa.

Impugnada la medida por la trabajadora, la empresa acordó con ella en el acto de conciliación revocarla, para posteriormente ofrecerle una reducción de jornada menos gravosa. Rechazada esta por la trabajadora, la empresa optó por despedirla alegando la negativa situación económica de la empresa.

La trabajadora impugnó su despido, que fue declarado nulo en primera instancia por entender que se había vulnerado la garantía de la indemnidad de la trabajadora, a pesar de que el Juzgado consideró acreditada la negativa situación económica de la empresa. Recurrida dicha sentencia en suplicación por la empresa, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó Sentencia declarando el despido procedente por entender que existían causas justificativas del mismo.

La trabajadora interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, resolviendo el Pleno del Tribunal la cuestión mediante la Sentencia que nos ocupa.

Así, comienza esta haciendo un repaso de la doctrina constitucional en materia de vulneración de la garantía de la indemnidad, recordando que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva adoptar decisiones contrarias al trabajador como represalia por la iniciación por este de acciones judiciales (en sentido amplio, incluidas las reclamaciones extrajudiciales previas) encaminadas al reconocimiento de sus derechos, y que dicha vulneración convierte en nula la medida adoptada por la empresa.

Continúa el Tribunal recordando que en dichos casos se produce una inversión de la carga de la prueba, en la que el trabajador debe probar que existen indicios razonables de que la actuación empresarial lesionó su derecho fundamental, y una vez probado dicho indicio, corresponde a la empresa probar que su actuación tuvo causas reales completamente distintas a la vulneración alegada, recordando además que una vez probado esa desconexión entre la causa del despido y el derecho que se dice vulnerado, es irrelevante la calificación que la legalidad ordinaria pueda dar a dicha causa.

Pues bien, el Tribunal considera que no existe razón alguna para aplicar especialidad alguna cuando la medida adoptada consiste en un despido objetivo por causas económicas, por lo que considera plenamente aplicable su doctrina anterior a esos supuestos. Dicho esto, el Tribunal considera que si bien en el caso concreto la trabajadora aportó indicios suficientes de la vulneración de su derecho fundamental, la empresa aportó pruebas suficientes para considerar desvirtuados dichos indicios, quedando probado que la decisión extintiva no estaba vinculada a la previa impugnación judicial de la modificación de la jornada de la trabajadora.

En este sentido, el Tribunal valora expresamente el hecho de que se hubiera acreditado la existencia de la causa económica alegada por la empresa en la carta de despido, pero también el hecho de que la empresa hubiese ofrecido a la trabajadora una segunda reducción de jornada menos gravosa al revocarse la primera, considerando que esa circunstancia resulta claramente indicativa de la falta de voluntad de represaliar a la trabajadora.

A modo de cierre, es importante señalar que el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re formuló voto particular la que se adhirieron otros tres magistrados. Así, coinciden con los restantes magistrados en que la empresa debe probar que las causas que justificaron la medida son completamente ajenas al derecho protegido, pero consideran que el hecho de que la empresa haya acreditado una causa válida de legalidad ordinaria (por ejemplo, la existencia de causas económicas) no es de por sí suficiente para demostrar que la decisión de la empresa no estuvo además motivada por la voluntad de represaliar a la trabajadora, coincidiendo por tanto con el razonamiento de los restantes miembros del Pleno del Tribunal, pero discrepando con la solución.

## **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID ACEPTA COMO COMUNICACIÓN DE BAJA VOLUNTARIA MENSAJES ENVIADOS A TRAVÉS DE WHATSAPP. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 10 DE JUNIO DE 2015 (RECURSO 817/2014)**

---

**Ángel Castro Temes • Abogado**

La controversia que se analiza en esta sentencia trata sobre la validez de una baja voluntaria que se produce en el seno de una fuerte discusión de una trabajadora (y demandante) con sus superiores a raíz de un frustrado traslado de centro de trabajo.

En medio de dicha discusión la trabajadora manifiesta verbalmente su intención de abandonar la empresa confirmando a su jefa, horas más tarde, dicha decisión por Whatsapp. En ese mismo día la trabajadora recibe una baja médica por ansiedad. Tras recoger, pocos días después, un burofax en el que se le comunica la intención de la empresa de hacer efectiva su baja voluntaria, la trabajadora presenta demanda por despido.

La demandante intenta que se declare la inexistencia de baja voluntaria principalmente con base en dos argumentos: (i) el Whatsapp no es un medio de prueba válido; y (ii) existió, en todo caso, un vicio en el consentimiento a la hora de manifestar que no quería seguir en la empresa, ya que se encontraba en un estado de ansiedad.

Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha entendido que no es contraria a derecho la valoración de los medios de prueba –entre ellos el Whatsapp– que lleva a cabo el juzgado de instancia. Así pues, las manifestaciones realizadas a través de dicha aplicación, conjuntamente con la conversación mantenida con sus superiores, demuestran una voluntad “clara, concreta, consciente, firme y terminante” de poner fin a la relación laboral.

Dicha voluntad no se vería desvirtuada por el hecho de que la trabajadora causase baja médica por ansiedad en ese mismo día ya que dicha baja fue muy breve y, en todo caso, posterior a los mensajes enviados por la propia trabajadora.

En definitiva, en esta sentencia observamos cómo las aplicaciones de nuestros dispositivos móviles pueden tener un gran impacto en nuestras vidas, llegando incluso a ser determinantes en nuestras relaciones jurídicas. Ya no cabe, por tanto, considerar que lo que exprese a través de dichas aplicaciones no va a poder tener ninguna repercusión jurídica.

## MÁS DISCREPANCIAS ENTRE LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y EUROPEA A LA HORA DE COMPUTAR LOS UMBRALES DEL DESPIDO COLECTIVO. SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2015 (ASUNTO C-422/14)

**Pablo Olábarri Candela • Abogado**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve en esta Sentencia varias cuestiones prejudiciales planteadas por un Juzgado español referentes a la aplicación de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de Julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

En concreto ha dado respuesta a las siguientes cuestiones:

- (i) si la referencia hecha por la Directiva a los trabajadores “habitualmente” empleados en el centro de trabajo a efectos de calcular cuál es el umbral que aplica para determinar si se debe aplicar o no el procedimiento de despido colectivo o no incluye a los trabajadores temporales;
- (ii) si la referencia a los 5 despidos a partir de los cuales se asimilará a los despidos las restantes extinciones de contratos de trabajo por voluntad del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador debe entenderse en sentido estricto, y
- (iii) si las extinciones de contratos de trabajo por voluntad del trabajador a raíz de la modificación unilateral de las condiciones de trabajo llevada a cabo por el empresario deben considerarse despidos a los efectos de la directiva.

En concreto, la cuestión prejudicial fue planteada por un Juzgado de lo Social de Barcelona que estudiaba un despido objetivo individual. El trabajador reclamaba la nulidad del despido por entender que se habían superado los límites a partir de los cuales es necesario iniciar un despido colectivo. El Juzgado plantea la cuestión prejudicial para aclarar cuál era el umbral de aplicación y qué extinciones se debían tener en cuenta para determinar si este se había superado o no.

A la primera cuestión responde el Tribunal de manera afirmativa: así, considera que no existe ninguna razón para excluir a los trabajadores temporales del concepto de trabajadores “habitualmente empleados” establecido en la Directiva, por lo que se les debe tener en cuenta a la hora de calcular el número de trabajadores empleados, que es el que determinará el umbral de despidos y extinciones a partir del cual es obligatorio el despido colectivo.

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal responde aclarando que solo se deben computar como asimilables a despidos las extinciones de contratos de trabajo por voluntad del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, cuando el número de despidos sea de al menos 5. Esto supone que, al contrario de lo que dispone la normativa española, conforme a la Directiva no es necesario contar las extinciones asimilables en aquellos casos en los que estas alcancen dicha cifra pero los despidos en sentido estricto no. Por el contrario, a efectos de la normativa europea es indiferente el número de extinciones asimilables a despidos que se hayan llevado a cabo siempre y cuando el número de despidos sea inferior a 5.

Esto supone que, de forma similar a como ya hizo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13) (que estableció que el cómputo de los umbrales debe hacerse por centro de trabajo y no por empresa, como establece la normativa española), a efectos de valorar si se deben iniciar los trámites del despido colectivo, los interesados deberán tener en cuenta tanto el criterio marcado por la normativa española como el marcado por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

Y es que existe el riesgo de que, en ciertas situaciones en las que antes nuestros tribunales no consideraban necesario llevar a cabo un despido colectivo, ahora sí lo hagan. Imaginemos por ejemplo una empresa de 220 trabajadores que lleva a cabo 20 despidos objetivos y 3 extinciones asimilables. Conforme a lo previsto en el artículo 51 del estatuto de los Trabajadores, no sería necesario iniciar el procedimiento de despido colectivo, dado que las extinciones asimilables no superarían el número de 5 y por tanto no se computarían. Sin embargo, conforme a la interpretación que de la Directiva hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dado que se han realizado más de 5 despidos, sí sería necesario incluir dichas extinciones en el cómputo, siendo por tanto obligatorio iniciar el procedimiento de despido colectivo.

Finalmente, a la tercera cuestión responde el tribunal aclarando que el concepto de despido contenido en la Directiva es un concepto de derecho de la Unión, no una remisión a la normativa nacional. Por ello, deben considerarse despidos a los efectos del derecho de la Unión “las extinciones del contrato de trabajo no deseadas por el trabajador”. Eso incluye las extinciones del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la previa modificación unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario.

Tanto esta Sentencia como la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13) arrojan aún más incertidumbre a la interpretación que ha de hacerse de la normativa de despidos colectivos, enfangando aún más una ya de por sí farragosa y complicada cuestión. Se vuelve urgente por tanto una reforma del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores para adaptarlo al texto de la Directiva europea y evitar así la inseguridad jurídica que genera la existencia de dos normativas distintas y contradictorias para una misma materia.

**ES NULA LA CLÁUSULA INCLUIDA EN UN CONTRATO DE TRABAJO QUE OBLIGA AL TRABAJADOR A PROPORCIONAR A LA EMPRESA SU TELÉFONO MÓVIL Y/O CORREO ELECTRÓNICO PERSONAL. SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2015 (RECURSO DE CASACIÓN 259/2014)**

---

**Jon Irusta Verdejo • Abogado**

La cuestión valorada por el Tribunal Supremo se reduce a determinar la validez de una cláusula tipo que la empresa, especialista en la gestión de centros de llamadas (contact centers), incluye en los contratos de trabajo y que, con ligeras variantes introducidas en el tiempo, refiere que:

“Ambas partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico [...] según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto”.

Pues bien, el Alto Tribunal ratifica la nulidad declarada por la Audiencia Nacional y descarta todos y cada uno de los argumentos expuestos por la empresa recurrente.

Concretamente, se aclara que para la recopilación de los datos cuya incorporación al contrato se cuestiona, teléfono y correo electrónico personal, es necesario el consentimiento del trabajador. Es decir, el Tribunal descarta que estos datos puedan encuadrarse en ninguna de las excepciones previstas en la Ley Orgánica de Protección de Datos o en su reglamento de desarrollo.

Una vez determinado lo anterior, se analiza si en este caso concreto existe consentimiento del trabajador.

En este sentido, se concluye que si bien dicho consentimiento existe, no es libre y voluntario, en tanto en cuanto, el empleado da su consentimiento en el momento de acceder a un bien escaso como es el trabajo y por lo tanto, cabe entender que dicho consentimiento está, en realidad, viciado.

Como comentario final, quisiéramos llamar la atención sobre el hecho de que el Alto Tribunal no niega la validez al hecho de que los trabajadores voluntariamente pongan a disposición de la empresa los mencionados datos, es más, literalmente dice que es “deseable”, lo que el Tribunal niega es el hecho de que el consentimiento a dicha cesión se incluya en el propio contrato que da inicio a la relación laboral.



## SI NO TIENES NADA BUENO QUE DECIR DE TU EX – EMPLEADO, MEJOR NO DIGAS NADA. SENTENCIA DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2015

---

Carlos Goñi Domínguez • Abogado

En el caso resuelto por esta Sentencia, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo determina que la cesión de datos realizada por una empresa a otra para la inclusión de un ex-trabajador de la primera en una “lista negra” que reducía sus posibilidades para ser contratado en el sector, vulnera los derechos fundamentales al honor y a la protección de datos de dicho trabajador.

Los hechos que han dado lugar a esta Sentencia comienzan cuando la empleadora del trabajador demandante despide disciplinariamente a este trabajador. Este impugna su despido y la jurisdicción social declara la improcedencia del despido por falta de acreditación de los hechos expuestos en la carta de despido.

Después de la extinción de su relación laboral, el trabajador comienza a buscar empleo en otras empresas del mismo sector que su anterior empleadora. En una fase final del proceso de selección de una de estas empresas, el responsable de recursos humanos comunica al trabajador que no puede contratarle por estar incluido en la lista de trabajadores conflictivos de una tercera empresa, para la que aquella prestaba servicios habitualmente. A través del Comité de empresa de esta tercera empresa, el trabajador corrobora la existencia de esta lista y que los datos habían sido aportados por su anterior empleadora.

Nuestro Tribunal Supremo declara la vulneración de los derechos anteriormente alegados sobre la base de que: (i) el demandante no había consentido esta cesión de datos realizada por su anterior empleadora; (ii) los datos relativos a la extinción de su relación laboral no eran veraces, tal como quedó probado en la jurisdicción social; y (iii) no se concedió al demandante la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición legalmente regulados.

A nuestro juicio, esta Sentencia nos obliga a adoptar las máximas cautelas a la hora de realizar una práctica, tan habitual en países de nuestro entorno, como dar referencias a terceras empresas de nuestros ex-trabajadores. En cualquier caso, si nuestra intención es poder realizar esta práctica en el futuro, nuestra recomendación sería incluir esta posibilidad en los contratos de trabajo que suscribamos, ya que tendríamos una posición más fuerte para defender esta cesión de datos.

## **NO SIEMPRE ES NECESARIO CONTINUAR PRESTANDO SERVICIOS EN LA EMPRESA CUANDO SE SOLICITA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR FALTA DE PAGO. SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 2015 (REC. NÚM. 2621/2014)**

---

**Laura Pérez Benito • Abogada**

Nuestros tribunales han venido exigiendo al trabajador que solicita la resolución del contrato por falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, su permanencia en la empresa hasta que recaiga sentencia, circunstancia que, como es obvio, puede causar graves perjuicios al trabajador.

En la sentencia objeto de este análisis el Tribunal Supremo estima la pretensión resolutoria de un trabajador que cesó en la empresa después de interponer la papeleta de conciliación pero antes de que recayera la correspondiente sentencia. La Sala basa su conclusión en la extrema gravedad de los perjuicios causados al trabajador y con extraordinaria incidencia sobre la estabilidad de su supervivencia y es que en el caso analizado el trabajador no había obtenido medio de subsistencia alguno durante un largo periodo de tiempo (7 meses). Se valora especialmente el hecho de que la exigencia en ese caso particular de la pervivencia de la relación laboral hasta el momento en que se hubiera dictado sentencia hubiera conllevado además la pérdida de opciones profesionales.

A través de esta resolución, unificadora de doctrina, el Tribunal Supremo asienta la doctrina ya incluida en su Sentencia de 20 de julio de 2012 (Rec. núm. 1601/2011) que introdujo una mayor flexibilidad en este tipo de supuestos para impedir que se exigiera al trabajador el mantenimiento de unas condiciones de trabajo que pudieran implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales.

Habrá que estar por tanto a la gravedad de los perjuicios que el impago pudiera causar al trabajador para valorar si podría causar baja en la empresa antes de que recaiga la sentencia relativa al procedimiento de resolución de contrato que hubiera iniciado.

Socio de Laboral  
Coordinador de la Newsletter

Luis Enrique Fernández Pallarés  
lefernandez@perezllorca.com  
Tel: +34 91 436 04 23  
Fax: +34 91 423 04 30



Castellana 50  
28046 · Madrid

—  
Diagonal 640, 8<sup>a</sup>A  
08017 · Barcelona

—  
24 Monument Street, 8<sup>th</sup> floor  
EC3R 8AJ · London

—  
375 Park Avenue, 38<sup>th</sup> floor  
10152 · New York

—  
[www.perezllorca.com](http://www.perezllorca.com)

