



RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: SEPTIEMBRE 2017.

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

A vueltas con el control por parte de las empresas de las comunicaciones de sus trabajadores. Legitimidad y límites.

Si bien la presente cuestión es un tema en que tanto nuestro Tribunal Constitucional como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya se han manifestado al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) “recuerda” que encontrándose *el empresario plenamente legitimado para establecer una vigilancia sobre la forma en que los trabajadores utilizan los medios de comunicación puestos a su disposición – ordenador, conexión a Internet, teléfono móvil, etc... - , este hecho no elimina su derecho a la intimidad, encontrándose la empresa obligada a informar y comunicar a sus empleados de la existencia de esa vigilancia y de su alcance. Por lo tanto y como cuestión clave: es necesario la existencia de un protocolo de utilización de este tipo de herramientas laborales, estableciendo sus limitaciones y posibles controles susceptibles de realizar por parte de los órganos rectores de las sociedades y, adicionalmente, debe existir una racionalidad y justificación en la aplicación de estas medidas de vigilancia y en las consecuencias que se pueden derivar de las mismas.*

Por lo tanto, y esto es lo que resuelve expresamente la sentencia del TEDH que comentamos y que tanto revuelo mediático e informativo ha tenido estos días – en algunos casos de forma bastante deficiente - el despido de un trabajador por utilizar los medios de comunicación de la empresa, cuando no ha quedado acreditado que hubiera sido advertido previamente por su empleador de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser controladas; ni se la había informado de la naturaleza o el alcance de la vigilancia, ni del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia, es decir, inexistencia absoluta de protocolos informativos suficientemente detallados a este respecto, constituye un violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, el hogar y la correspondencia) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así lo ha resuelto el **Pleno (Grand Chambre) del TEDH**, enmendando el criterio anterior establecido por su Sección 3.ª en su sentencia del 12 de enero de 2016 y que comentamos en su día. En esta sentencia, recaída sobre los mismos hechos, se declaró que no había habido violación del artículo 8 de la Convención, pues los tribunales nacionales habían logrado un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y los intereses de su empleador, por lo que consideró que el control por parte de este de las comunicaciones del trabajador había sido razonable en el contexto de un procedimiento disciplinario.

Entendemos relevante, a los efectos de tener una “foto” completa del caso por su relevancia y recurrencia, conocer los antecedentes del mismo:

- El actor, Sr. Barbulescu, fue contratado en 2004 por una empresa privada de Rumanía como encargado de las ventas.
- A petición de su empleador, creó una cuenta de Yahoo Messenger con el fin de responder a las preguntas de los clientes.
- El 3 de julio de 2007, la empresa distribuyó una información entre sus empleados en la que se decía que una empleada había sido despedida por motivos disciplinarios, después de haber utilizado para fines privados el Internet, el teléfono y la fotocopidora de la empresa.
- El 13 de julio de 2007, se informó al actor de que sus comunicaciones por Yahoo Messenger habían sido supervisadas y que había pruebas de que había utilizado Internet para fines personales. En concreto, se le presentó una transcripción de 45 páginas de sus comunicaciones del 5 al 12 de julio de 2007, consistente en mensajes que había intercambiado con su hermano y su prometida en relación con asuntos personales, algunos de los cuales eran de índole íntima.
- El 1 de agosto de 2007, el empleador resolvió el contrato de trabajo del actor alegando incumplimiento del reglamento interno de la empresa, que prohibía el uso de sus recursos para fines personales.
- El actor impugnó esta decisión ante los tribunales rumanos, denunciando que la decisión de rescindir su contrato era nula ya que al acceder a sus comunicaciones se había violado su derecho a la intimidad de la correspondencia. En diciembre de 2007 su denuncia fue rechazada en primera instancia por un Tribunal de Bucarest, que consideró, en particular, que el empleador había cumplido con los procedimientos de despido previstos por el Código del Trabajo; que los empleadores tenían derecho a establecer normas para el uso de Internet; que esta era una herramienta puesta a disposición de los empleados para uso profesional y que el trabajador había sido debidamente informado de los reglamentos de la empresa.

- El Tribunal de Apelación desestimó el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de instancia. En esencia, confirmó las conclusiones del tribunal inferior al considerar, por un lado, que la conducta del empleador, después de haber advertido al actor y a sus colegas de que los recursos de la empresa no deben utilizarse para fines personales, había sido razonable y, por otro, que la supervisión de las comunicaciones realizada había sido el único método para establecer si había habido una violación disciplinaria.

Hasta aquí los antecedentes del caso.

Pues bien, en la sentencia que comentamos del Pleno del TEDH, es importante destacar que realmente dividido – decisión de 11 votos a 6 – se estima que en este caso ha existido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Y ello por qué? De forma muy somera, y como desarrollaremos con mayor detalle, por cuanto las instrucciones generales que pueda establecer la empresa no eliminan el derecho a la intimidad del trabajador.

Por lo tanto, y en base a ello, ¿cuáles son para el TEDH los requisitos que deben concurrir para considerar válido el aviso a este respecto de una empresa?

En primer lugar, el TEDH indica que, si bien la medida de control de las comunicaciones del despedido había sido adoptada por una empresa privada, esta había sido aceptada por los órganos jurisdiccionales nacionales. En consecuencia, el Tribunal europeo considera que la reclamación debe examinarse desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado.

A este respecto llega a la conclusión que los órganos jurisdiccionales nacionales no habían determinado si el trabajador había sido previamente notificado de la posibilidad de que su empresario introdujera medidas de control, ni de la naturaleza de tales medidas. El Tribunal de Bucarest, se señala, había observado que simplemente se había informado a los empleados del hecho de que, poco antes, otro empleado había sido despedido por usar Internet, el teléfono y la fotocopiadora con fines personales. En consecuencia, el Tribunal de Apelación había considerado que el trabajador había sido advertido que no debía utilizar los recursos de la empresa para fines personales.

En base a ello el TEDH considera que, con arreglo a las normas internacionales y europeas, específicamente el “Código de buenas prácticas para la protección de los datos personales del trabajador de la OIT”, de 1997, y de la Recomendación CM/Res. 2015 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de la relación laboral, para poder calificar una notificación de la empresa como aviso previo, la advertencia de un empresario debía darse antes de que se iniciara la vigilancia, especialmente cuando esta entraña el acceso al contenido de las comunicaciones de los empleados.

Por tanto, el TEDH considera que el Sr. Barbulescu no había sido informado con antelación del alcance y la naturaleza del control de su empleador ni de la posibilidad de que el empresario tuviera acceso al contenido real de sus mensajes.

Directamente relacionado con lo anterior, ¿cuál sería el alcance de la vigilancia del empresario en este ámbito?

El TEDH considera que esta cuestión no había sido examinada por ninguno de los órganos jurisdiccionales nacionales, aunque el empleador había registrado todas las comunicaciones del trabajador sancionado durante el período de control en tiempo real.

A juicio del Tribunal, los órganos jurisdiccionales nacionales rumanos no realizaron una evaluación suficiente de la existencia de motivos legítimos para justificar este control de las comunicaciones.

Por otra parte, ninguno de los órganos jurisdiccionales nacionales había examinado suficientemente si el objetivo perseguido por el empresario podía alcanzarse mediante métodos menos intrusivos que el acceso al contenido de las comunicaciones del Sr. Barbulescu.

Vistas estas consideraciones, el Tribunal concluye que las autoridades nacionales no había protegido adecuadamente el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia y que, por consiguiente, no habían logrado un justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Grand Chamber, de 5 de septiembre de 2017, Rec. 61496/2008, (Barbulescu vs Rumanía)

2. TRIBUNAL SUPREMO

Se declara nulo un ERE por cuanto la empresa no aportó las cuentas del resto de sociedades del grupo.

El plano del Alto Tribunal declara nulo el despido colectivo acordado en 2016 en la empresa de compraventa de coches Nuasa, que afectaba a la totalidad de la plantilla, 21 trabajadores, distribuidos en los centros de trabajo de Badajoz, Don Benito y Mérida. La empresa alegó que arrastraba pérdidas desde hacía varios ejercicios, y que había perdido la concesión de la marca SEAT que detentó hasta febrero de 2016, por lo que había decidido el cese de su actividad, previo despido de toda la plantilla. El despido se acordó tras cerrarse el periodo de consultas sin acuerdo.

Los representantes de los trabajadores presentaron demanda ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura reclamando la nulidad de los despidos. El TSJ extremeño desestimó la demanda y declaró ajustado a derecho el despido colectivo, entre otros motivos al descartar la existencia del grupo mercantil de empresas del que formaría parte Nuasa, cuya existencia sostenían los recurrentes.

Sin embargo, al examinar el recurso de casación de los trabajadores contra la sentencia del TSJ de Extremadura, destaca que de los documentos obrantes en autos se deducía realmente que sí concurría la existencia del grupo, reconociéndolo como tal el Supremo. Así, acepta la petición del recurso de añadir un nuevo hecho probado, que señala que Nuasa está integrada en un grupo de empresas conformado con otras cinco sociedades, todas domiciliadas en España y pertenecientes al mismo sector de actividad, con saldos acreedores o deudores con Nuasa, “sin que se aportasen en el periodo de consultas del despido colectivo ni en ningún otro momento antes del mismo las cuentas de dichas empresas”.

A continuación, recuerda que el artículo 4.5 del Real Decreto 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los Despidos Colectivos, establece que la documentación económica de la empresa que inicie el procedimiento deberá acompañarse de las cuentas de las demás empresas del grupo, cuando estas últimas tengan domicilio en España, pertenezcan al mismo sector de actividad, y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que pretende el despido colectivo.

La principal finalidad que del periodo de consultas, según el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. Y, para el Supremo, “esa finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos no se llevó a cabo”, ya que dejó de aportarse por la empresa la documentación que con carácter preceptivo exige el artículo 4.5 del Real Decreto 1483/2012.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, nº 643/2017, de 19 de julio de 2017, Rec. 14/2017

3. AUDIENCIA NACIONAL

La empresa no puede, unilateralmente, reducir la jornada de trabajo en los meses de verano.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional rechaza que la empresa pueda, unilateralmente, imponer el calendario laboral con una reducción de jornada de 8 horas, aunque solo sea durante unos meses. Lo decidido por la empleadora tiene incidencia en el eventual exceso de jornada en cómputo anual y, por ende, en la desaparición de los días y/o horas de libranza compensatorios.

Lo pactado en el convenio fue que el modo de disfrute de los sobrantes de jornada tras la elaboración del calendario laboral sería siempre con un descanso compensatorio; que la jornada diaria ordinaria que se establecía con carácter general en ocho horas diarias; y que calendario laboral sería siempre elaborado previo acuerdo con los representantes legales de los trabajadores. Este último requisito ha sido el que ha obviado la empresa, que con su decisión afecta a la jornada diaria, sobre todo durante el mes de agosto, con efectos en cuanto al eventual exceso de jornada en cómputo anual porque la medida de facto supone la desaparición de los días y/o horas de libranza compensatorios. Siendo este el marco regulador que convinieron las partes negociadoras para la jornada laboral y la elaboración de los calendarios laborales anuales, a él habrá que estar en los términos antes descritos, de conformidad a lo establecido en el [art. 34.1](#) y 6 ET, y a tenor del cual, "la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo".

Alteradas las condiciones pactadas en el convenio colectivo, sin acuerdo entre las partes, por decisión unilateral del empresario, la Audiencia Nacional declara la nulidad del calendario unilateralmente impuesto por la empresa al no haber sido objeto de la preceptiva negociación previa con los representantes de los trabajadores, y por establecer unilateralmente una jornada diaria diferente a la jornada ordinaria establecida en el convenio colectivo como norma general.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 122/2017, de 27 de julio. Recurso 183/2017.

4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA.

Nulidad, por desproporcionada y abusiva, de una cláusula de no competencia post contractual.

Los pactos de no competencia post contractuales han sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de los tribunales. Aunque es evidente el interés de la empresa en la no concurrencia con un empleado al que en numerosas ocasiones ha formado, para realizar actividades que esencialmente se corresponden con la de la empresa en que prestó servicios con anterioridad, debe tenerse en cuenta de que existe también un interés por parte del trabajador, que debe asegurarse una estabilidad económica al suponer el pacto una restricción de su derecho al trabajo.

En el caso que resuelva la sentencia que comentamos, un trabajador, que prestaba servicios para una empresa farmacéutica como asesor delegado, suscribió en su contrato de trabajo una retribución anual fija de 21.000 euros brutos, más variable por objetivos; también se pactó el compromiso del trabajador de que, a su cese, no se reincorporaría, ni laboral ni mercantilmente, ni por cuenta propia o a través de entidades o sociedades de toda índole, en organizaciones o actividades como la desarrollada por la empresa, en el plazo de dos años desde la finalización de la relación contractual. La empresa se comprometió a abonar por el pacto de no competencia la suma de 20% del salario bruto mensual. Se convino también qué en caso de incumplimiento, el trabajador abonaría una cantidad equivalente a cuatro anualidades brutas de salario.

Tras dejar la empresa, el empleado constituyó una empresa unipersonal con el objeto social de asesoramiento, consultoría y gestión de servicios a emprendedores y pymes, servicios relativos a propiedad inmobiliaria y mobiliaria en los que se facultan para ser intermediarios en la compraventa, arrendamiento, compraventa de inmuebles, promoción, reforma y rehabilitación de edificios, entre otros servicios.

La empresa, alegando incumplimiento del pacto, reclamó al trabajador 84.000 euros. El Juzgado de lo Social desestimó su pretensión, recurriendo la empresa en suplicación ante el tribunal superior de justicia

La Sala de lo Social del TSJ de Galicia viene a indicar que este pacto de no competencia tras el cese del contrato de trabajo ha sido interpretado por la jurisprudencia en numerosísimas ocasiones. Así, en la ya lejana resolución de 10 de julio de 1991, la Sala de lo Social establecía ya la especificidad del pacto, que contiene obligaciones bilaterales, que requiere para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos: por un lado que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica.

También cita la doctrina básica establecida en sentencias del TS como la de 5 de abril de 2004 o 15 de enero de 2009 que señala la necesidad de que el pacto establezca dichos requisitos, existiendo un doble interés: por la empresa la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas concurrentes, y para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo con las limitaciones impuestas por el pacto de no concurrencia. Se trata de obligaciones recíprocas, de forzoso cumplimiento a tenor de lo señalado en el artículo 1256 del Código Civil.

En el presente caso la Sala de lo Social constata la existencia de un interés legítimo por parte de la empresa en que no le hiciera la competencia, teniendo en cuenta la formación que daba a sus comerciales y la información que éstos obtenían.

Sin embargo, haciendo suyos los razonamientos de resoluciones anteriores, considera que no se cumple a su entender, el requisito de una compensación económica adecuada, y ello por la absoluta indeterminación de la cláusula contractual. Se había pactado una compensación con una cantidad equivalente al 20% del salario, sin que existiera individualización de dicho concepto en las nóminas. La redacción de la cláusula entonces no reúne los requisitos de transparencia y claridad, para conocer exactamente cuál es la cantidad que se retribuye por el pacto de no concurrencia.

Además, el desequilibrio es mayor al leer la cláusula penal en la que se obliga al trabajador a indemnizar a la empresa con una cantidad equivalente a 4 anualidades por incumplimiento.

Por otra parte, tampoco se había acreditado que el empleado hubiese iniciado actividades concurrentes con la actividad de la empresa en el plazo de los 2 años establecidos en el contrato, pues dada la generalidad del objeto social de la empresa de la que era socio único, no podía deducirse una competencia directa para la entidad reclamante.

Sentencia del TSJ de Galicia el pasado 13 de junio de 2017.

Barcelona, a 7 de septiembre de 2017.