

Dictamen sobre caso práctico complejo en materia de videovigilancia de los trabajadores, poderes del empresario y derechos fundamentales.

Trabajo fin de grado- Facultad de Derecho- Grado en Derecho

Curso 2016/2017



UCA

Universidad
de Cádiz

Autora: Claudia Lobo Flores
DNI:
Tif:
Email: claudia.loboflores@alum.uca.es

Tutor: Antonio Álvarez del Cuvillo

ÍNDICE

1. RESUMEN / ABSTRACT.....	3
2. INTRODUCCIÓN.....	4
3. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	4-5
4. ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	5
5. DICTAMEN	
5.1 Antecedentes de hecho.....	6-7
5.2 Cuestiones planteadas.....	7-8
5.3 Normativa aplicable.....	8
A) Normativa.....	8
B) Jurisprudencia.....	8-9
5.4 Fundamentos jurídicos.....	9-32
5.5 Conclusiones: Propuesta de resolución.....	33-36
6. BIBLIOGRAFÍA	
6.1 Bibliografía citada.....	36-37
6.2 Bibliografía consultada.....	37-38
7. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	38-40

1. RESUMEN

El presente trabajo consiste en realizar un dictamen a partir de un caso práctico complejo, en el cuál he tenido que estudiar y analizar diferentes cuestiones específicas de derecho laboral para dar solución a una serie de cuestiones planteadas. Dichas cuestiones surgen a raíz de una serie de actuaciones que tienen lugar con respecto a dos trabajadores: Dña. Rogelia, respecto a la cual estudiamos el tema de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de movilidad geográfica; y de D. Leodegario, trabajador de la empresa que además ostenta el cargo de presidente del Comité de Empresa. Respecto a éste analizaremos temas relativos a representación de los trabajadores, libertad sindical, impugnación de sanciones, crédito horario, actividad probatoria, derechos fundamentales y videovigilancia.

Palabras clave: trabajadores / derechos fundamentales / videovigilancia / representante / empresarial

ABSTRACT

This work consists of making a judgement based on a complex practical case, in which I have had to study and analyze different specific issues about labour law to solve a number of issues raised. These issues arise from a serie of actions that take place in respect of two workers: Ms. Rogelia, respect of who we study the topic of substantial changes in working conditions and georgraphical mobility; and of Mr. Leodegario, worker in the company who also holds the position of the company committee. Respect of Mr. Leodegario, we will analyze topics about representation of workers, freedom of association, challenge of sanctions, credit hours, probationary activity, fundamental Rights and video surveillance.

Keywords: workers / fundamental Rights / video surveillance / representantive / company

2. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se llevará a cabo el desarrollo de un dictamen. En primer lugar se expondrán los antecedentes de hecho, que irán seguidos del apartado “cuestiones planteadas” en el cual analizaremos diferentes problemas que han surgido del estudio del caso práctico facilitado por el tutor. Estas abarcan temas diferentes dentro de la rama del derecho laboral, tales como las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, así como el procedimiento para llevarlas a cabo; la libertad sindical y el derecho fundamental a la libertad de expresión; diferentes aspectos de la función representativa en el ámbito laboral; aspectos de las sanciones laborales; problemas en torno a la práctica de la prueba, así como la posible vulneración a derechos fundamentales de los trabajadores que se deriven de estas actuaciones que se han llevado a cabo por parte de la empresa. Haremos referencia primero a las actuaciones que se llevan a cabo con Dña. Rogelia, trabajadora de la empresa, estudiando cuestiones relativas a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la reducción de jornada y la movilidad geográfica, entre otras. Por otro lado, en la misma línea, continuaremos el dictamen analizando el caso de D. Leodegario, representante de los trabajadores en la empresa Alcanfor S.A, y al cual se le impone una sanción por impuntualidad. Dentro de este caso estudiaremos el ámbito del crédito horario, sanciones, derechos fundamentales y videovigilancia.

Finalmente, al final del dictamen se realizará una propuesta de resolución a partir de las posibles vías y consecuencias que se han ido analizando durante el desarrollo de los fundamentos jurídicos.

3. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El presente trabajo se trata de un dictamen acerca de un caso práctico complejo facilitado por el tutor. Ha sido redactado suponiendo que se dirige a la empresa del caso práctico en cuestión pero, al mismo tiempo, se ha intentado realizar de una forma más exhaustiva con referencias doctrinales y lectura de jurisprudencia. Así, la realización de un dictamen como éste permite poner en práctica los conocimientos y competencias que se han adquirido en el grado de manera mucho más reforzada.

Respecto a la metodología, se ha seguido la guía de referencia de los dictámenes de Derecho del Trabajo que es seguida en los TFG del Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos. El método que se ha llevado a cabo para la realización del dictamen ha sido, en primer lugar, identificar los problemas que se derivan de la lectura del caso, a partir de lo cual se han explicado las posibles resoluciones de los mismos a partir de

búsqueda de doctrina y jurisprudencia, además de la utilización de la Constitución Española, así como otras normas específicas en materia laboral, como el Estatuto de los Trabajadores o la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, entre otras. Por último, se ha reflexionado una posible propuesta de resolución.

4. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CC	Convenio Colectivo
CE	Constitución Española
Coords.	Coordinadores
D	Don
Dña	Doña
ET	Estatuto de los Trabajadores
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
TRLISOS	Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social
MSCT	Modificación sustancial de las condiciones de trabajo
Nº	Número
Pág	Página
Rec	Recurso
RJ.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
Roj	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SS.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional

5. DICTAMEN

5.1. Antecedentes de hecho

1. Con fecha 12 de enero de 2017 se realiza una notificación a Doña Rogelia, que disponía de un contrato indefinido a tiempo completo, relativa a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la cual conlleva el cambio de sección de trabajo, además de una reducción permanente de 2 horas de la jornada diaria y disminución salarial.

En la referida notificación se afirma de manera genérica que dicha modificación responde a causas organizativas.

2. El día 13 del mismo mes la trabajadora pide asesoramiento al Comité de Empresa por los hechos anteriormente mencionados, aconsejándole el presidente de aquella, D. Leodegario, la interposición de una demanda contra la empresa.

3. El día 15 de enero de 2017 la empresa notifica a Doña Rogelia el traslado al centro de Vigo. En dicha notificación también se menciona la concurrencia de causas organizativas no especificadas.

4. Ante esta notificación de traslado, Doña Rogelia decide proceder a la resolución del contrato con la posterior indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

5. Don Leodegario inicia una campaña de movilizaciones públicas por el caso de Doña Rogelia. El 26 de enero de 2017 Don Leodegario denuncia a la empresa ante la Inspección de Trabajo por una supuesta represalia a los derechos de Doña Rogelia al haber acudido al Comité de Empresa a pedir asesoramiento. Esta denuncia provoca la apertura de un expediente sancionador no resuelto.

6. El 28 de febrero se notifica a Don Leodegario la apertura de un expediente contradictorio sancionador por abandono de su puesto de trabajo los días 3 y 7 de febrero con una anticipación de 23 y 27 minutos respectivamente a la hora que comunicó a la empresa que quedaba liberado para usar el crédito de horas que le corresponde como presidente del Comité de Empresa.

Esta notificación, no se realiza formalmente al Comité de Empresa, ni establece una entrevista oral con Don Leodegario, además disponer el plazo de 2 días para que éste realice las alegaciones oportunas. Asimismo, se hace referencia a la existencia de tres testigos que no son identificados nominativamente en la notificación.

7. El siguiente día 2 de marzo Don Leodegario alega la falsedad de los hechos y muestra su sorpresa por la exactitud que la empresa dice disponer de los testigos, dada la inexistencia de medios para “fichar” a los trabajadores, así como de un reloj.

8. El 9 de marzo la empresa desestima las alegaciones de Don Leodegario basándose en que este no ha aportado ninguna prueba de que no se ha producido la infracción. Por otra parte, Alcanfor S.A especifica que la acreditación del tiempo exacto de antelación en que el trabajador salió de su puesto de trabajo consta por los emails que éste envió a Recursos Humanos, así como por la existencia de cámaras de seguridad en la tienda y en todo el recinto. Culpa al trabajador de cometer una infracción grave por la supuesta impuntualidad.

9. Respecto del uso de las cámaras, el 28 de Noviembre de 2009 el Comité de Empresa (cuya mayoría de miembros eran de UGT) había solicitado a Alcanfor S.A una aclaración sobre el uso de aquellas para registros de falta de puntualidad. La empresa confirmó que el único uso de las cámaras tendría como finalidad la prevención de robos.

10. El 16 de marzo Don Leodegario interpone una demanda ante la Jurisdicción Social impugnando la sanción por nula al considerar que se trata de una represalia por defender a los trabajadores, además de tener la intención de “manchar” su imagen de cara a las próximas elecciones y vulnerar sus derechos fundamentales. Adicionalmente denuncia a la empresa ante la Inspección de Trabajo.

5.2. Cuestiones planteadas

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

1. En relación con el caso de Dña. Rogelia, la primera de las cuestiones jurídicas que se nos plantea sería si estamos ante el ejercicio del ius variandi empresarial o ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

2. Seguidamente debemos analizar la legalidad de la medida de modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptada, así como las consecuencias de las posibles irregularidades.

3. Para terminar el caso de dicha trabajadora, debemos cuestionar la validez de la notificación del traslado al centro de Vigo y si es posible que se haya llevado a cabo una represalia a la trabajadora por acudir al Comité de Empresa para pedir asesoramiento.

4. Respecto al caso de Don Leodegario cabe, en primer lugar, cuestionarnos si la actitud de D. Leodegario está protegida por algún Derecho Fundamental y si la encuadraríamos dentro de la libertad sindical o dentro de la libertad de expresión.

5. La siguiente cuestión sería si es posible que la empresa sancione por impuntualidad y, si esto fuese factible, la necesidad en su caso de abrir un expediente contradictorio previo antes de sancionar, además de si se cumplen los requisitos formales de éste.

6. A continuación, nos cuestionamos quién tiene la carga de la prueba en caso de que se alegue la violación de Derechos Fundamentales y en caso de que haya que probar la infracción. También tenemos que referirnos a la posibilidad o no de que la empresa desestime las alegaciones de D. Leodegario por no desvirtuar lo que aquella alega.

Respecto a los testigos, cabe objetar si es válido como medio de prueba cuando no hay mecanismos para precisar las horas con tanta exactitud.

7. En relación con el uso de cámaras de videovigilancia, debemos analizar si es suficiente el uso de pegatinas por el recinto o si, por el contrario, se precisa una notificación formal a los trabajadores que avise de su uso.

Igualmente, nos surge la cuestión de si el uso de las cámaras para registrar faltas de puntualidad es válido cuando la finalidad que la empresa afirmó en su comunicación al Comité de Empresa en 2009 era diferente.

8. Finalmente, cabe estudiar si efectivamente estamos ante una represalia por parte de la empresa hacia D. Leodegario por ejercer sus derechos como representante de los trabajadores en defensa de los mismos y si todos los actos llevados a cabo por Alcanfor S.A buscan manchar su imagen de cara a las elecciones, además de violar los derechos fundamentales del trabajador. Asimismo, debemos referirnos a la posibilidad de plantear una denuncia ante la Inspección de Trabajo por D. Leodegario como consecuencia de los hechos acaecidos, así como las consecuencias de esta denuncia y de la demanda ante la Jurisdicción Social.

5.3. Normativa aplicable

Para la resolución de las indicadas cuestiones jurídicas plantadas debe acudir a la siguiente normativa de aplicación a las mismas.

A) NORMATIVA

CE; Convenio nº135 de la OIT; LOLS; LOPD; ET; LRJS; Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (en defecto de convenio de empresa); Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

B) JURISPRUDENCIA

STC 118/1983, de 13 de Diciembre; STC 120/1983, de 15 de Diciembre; STC 14/1993, de 11 de Enero; STC 134/1994, de 9 de Mayo; STC 55/2004, de 19 de Abril; STC 2/2009, de 2 de Enero; STC 92/1009, de 20 de Abril; STC 29/2013, de 11 de Febrero; STC 183/2015, de 10 de Septiembre; STC 29/2016, de 3 de Marzo.

STS 29/09/1989 (Ar. 6553); STS 25/01/1990 (Roj. 496/1990); STS 28/02/1900 (Roj. 17289/1990); STS 5/06/1900 (Rec. 4275/1990); STS 21/01/1991 (Roj. 220/1991); STS 14/05/2007 8Rec. 85/2006); STS 23/12/2010 (Rec. 4380/2009); STS 10/01/2014 (Rec. 56/2013); STS 19/02/2014 (Rec. 2460/2013); STS 13/05/2014 (Rec. 1685/2013); STS 11/01/2017 (Rec. 1366/2016).

STSJ Andalucía 5/07/2011 (Rec. 3803/2010); STSJ Andalucía 9/02/2011 (Rec. 1970/2007).

5.4. Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Para tener clara la posible competencia de la empresa para modificar las prestaciones de la trabajadora es necesario hacer una diferenciación entre el poder de dirección y el ius variandi del empresario. El primero faculta al empresario a realizar cambios en lo originariamente pactado siempre que sea necesario y no se trate de cambios esenciales¹; sin embargo, el ius variandi faculta al empresario para omitir lo pactado en el contrato y realizar cambios extraordinarios². No obstante, dentro del ius variandi se encaja la movilidad funcional del artículo 39 ET. En el primer párrafo de este artículo se establece que el empresario puede ordenar cambios de funciones, en función de su ius variandi, dentro del mismo grupo profesional al que pertenezca el trabajador y, en el segundo párrafo se fija que las nuevas funciones pueden no corresponderse con el mismo grupo profesional si hay causas organizativas que lo justifiquen y por tiempo necesario. Por tanto, partiendo de esta idea básica de movilidad funcional, deducimos que no nos encontramos ante esta figura, ya que consideramos el cambio de funciones que se notifica a la trabajadora como permanente.

Para poder determinar si nos encontramos ante ius variandi o modificación sustancial de las condiciones de trabajo, debemos referirnos a la nota de sustancialidad del cambio operado. Se considera como sustancial aquella modificación que sea realmente dañosa para el trabajador, en función de la intensidad y la materia sobre la que verse, siendo las que alteran los aspectos fundamentales de la relación laboral³. Esta modificación sustancial conlleva la transformación de los aspectos fundamentales de la relación laboral a otros notoriamente diferentes⁴.

¹ Román de la Torre, M.D, 1992: Pág. 96 y ss.

² Montoya Melgar, A. , 2004: Pág 136.

³ STS (Social) 10/05/2015 (Rec. 261/2014)

⁴ STS (Social) 22/09/2003 (Rec. 122/02)

SEGUNDO.- Cabe mencionar que estamos ante un supuesto de reducción de jornada y, consecuentemente de salario, de una trabajadora que disfrutaba de un contrato indefinido a tiempo completo, siendo ésta una cuestión relevante a analizar. Debemos objetar si es posible la reducción de jornada de la trabajadora, teniendo en cuenta su tipo de contrato y que ha sido impuesta unilateralmente por el empresario. La reducción de jornada en un trabajador a tiempo completo es una cuestión que suscita gran controversia entre la jurisprudencia y la doctrina, y que hace que podamos comprender el caso desde dos perspectivas diferentes.

De un lado, podríamos entender la reducción de jornada como una alteración de las condiciones establecidas en el contrato, siendo posible en este caso la vía del artículo 41 ET y, por otro lado, cabe entenderla como un supuesto de novación contractual, esto es, que al reducir la jornada de una trabajadora contratada a tiempo completo, consecuentemente se da lugar a la transformación a un contrato a tiempo parcial, no siendo posible en este caso el procedimiento establecido en el artículo 41 ET, ya que el artículo 12 ET prohíbe esta novación contractual sin consentimiento previo del trabajador.

Atendiendo a la primera postura anteriormente referida, consideraríamos que lo que se ha realizado es una modificación en la reducción de jornada en un contrato a tiempo completo que sigue persistiendo como tal. Alguna sentencia del Tribunal Supremo⁵ han llevado a que la doctrina afirme la consideración de un nuevo contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida⁶. Así, aunque en la lista (no exhaustiva o cerrada) de condiciones citadas en el artículo 41 ET se menciona la jornada, no toda alteración de ésta constituiría una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Esto puede deberse a que por un lado, no toda modificación de las condiciones de trabajo es sustancial, aunque es difícil que una reducción de jornada y la posterior reducción de salario no conlleve sustancialidad y, por otro, que no toda modificación de jornada tiene que suponer una reducción de la misma.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, Fabregat Monfort⁷ menciona la posibilidad de que una reducción de jornada en un contrato a tiempo completo no suponga una novación contractual (esto es, la transformación del mismo a un contrato a tiempo parcial) siempre y cuando, a pesar de la reducción de jornada y de salario, el trabajador siga cotizando como un trabajador a tiempo completo, se le garantice mínimamente la percepción salarial establecida en el Convenio Colectivo de aplicación,

⁵ Como la STS 29/07/2014 (Rec.205/2013)

⁶ Alameda Castillo M.T, Blázquez Agudo E.V , 2016: Pág 6. Texto en línea.

⁷ Fabregat Monfort, G. , 2016: Págs 3-5. Texto en línea.

en cuyo artículo 22 se establece el salario base para la jornada máxima⁸ y, además, sea una reducción de carácter temporal⁹.

Otro supuesto de reducción de jornada sin que el contrato se convierta en un contrato a tiempo parcial sería la llevada a cabo por la vía del artículo 47 ET. Este precepto establece la posibilidad de minorar las horas de prestación de servicio si esta reducción supone entre un 10% y un 70% de la jornada ordinaria, pero en este caso no se aplicaría porque este artículo fija un carácter estrictamente temporal de la medida, la cual debe derivarse, entre otras cosas, de un pacto con los representantes de los trabajadores.

De otro lado, si consideramos que la reducción de jornada que se ha notificado a Dña. Rogelia a través del procedimiento del artículo 41 ET realmente supone una novación contractual y, por tanto, estamos ante una transformación del contrato a tiempo completo a un contrato a tiempo parcial, aquella notificación podría ser declarada nula¹⁰, ya que no es posible que tal reducción sea impuesta unilateralmente por el empresario (artículo 12.4.e ET) y, por tanto, se excluye que se imponga unilateralmente a través de ese procedimiento, siendo necesaria en todo caso la concurrencia de voluntades de ambas partes. En este contexto cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 2007 (Rec 85/2006), que establece que todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual tendría la consideración de contrato a tiempo parcial y que la transformación a este tipo de contrato solo es posible si concurre la voluntad del trabajador.

Junto a esto, debemos decir que estamos ante una reducción de jornada que se considera definitiva y no temporal, y que, además, presuponemos que la trabajadora realiza un trabajo a tiempo parcial, ya que trabaja un número de horas menor al que realiza un trabajador a tiempo completo comparable (art. 12 ET) o menor al número de horas de la jornada máxima legal¹¹. Por todo esto debemos remitirnos a lo que establece la jurisprudencia¹².

Ya que nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, es preciso remitirnos al artículo 41 ET, que regula esta figura. En el primer párrafo

⁸ Salario de grupo base: 13.951,11 euros anuales

⁹ A favor del carácter temporal de las MSCT : AAVV, 2003: pág 471. Citado por la autora Fabregat Monfort, G. ; en contra del carácter temporal de las MSCT: Fernández Villazón, S.A, 2012: Pág 5. Texto en línea.

¹⁰ Como establece la STSJ Andalucía 9/02/2011 (Rec 1970/2009), al declarar nula una MSCT al haber sido impuesta unilateralmente una reducción de jornada; así como la SAN 1/04/2011 nº59/2011, que declara nula una medida impuesta unilateralmente, ya que contraviene lo dispuesto en el CC.

¹¹ El CC de Grandes Almacenes establece en su artículo 16 la jornada máxima anual de 1798 horas.

¹² La STS 19/02/2014 (Rec. 2460/2013), que afirma que de acuerdo con el concepto de trabajador a tiempo parcial del artículo 12.1 ET (a partir de la Directiva 97/81/CE y la Ley 12/2001), cualquier reducción de jornada por debajo de la ordinaria sería contrato a tiempo parcial. Esto nunca podrá hacerse por el procedimiento del artículo 41 ET, requiriendo el consentimiento de las partes exigido en el artículo 12.4 ET.

de este artículo se establece que la empresa podrá realizar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo siempre y cuando existan probadas causas organizativas, económicas, técnicas o de producción. De la lectura del caso se desprende una generalidad en la descripción de las causas organizativas que motivan la modificación sustancial, siendo esta una cuestión a la que se han referido los tribunales frecuentemente.

Desde el año 2005 ¹³ la jurisprudencia mantenía que el punto de referencia para la medición de la justificación de las causas en la decisión empresarial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo era la mejora de la situación de la empresa. Esta exigencia finalista se abandonó con el RD Ley 3/2012, conectándose a partir de éste con razones de competencia, productividad y organización en la empresa. En este contexto algunos autores critican la eliminación de las referencias teleológicas del artículo 41 ET, ya que esto produce un poder omnímodo del empresario en materia modificativa, encontrándose la medida casi desprovista de control judicial¹⁴. A pesar de ello no cabría entender que la nueva reforma laboral habilite al empresario para decidir libremente la modificación de las condiciones de trabajo, lo que resultaría contrario al artículo 138.7 LRJS, que, como veremos más adelante, dispone que los tribunales podrán considerar la decisión empresarial injustificada en función de la acreditación de las razones invocadas por la empresa respecto a los trabajadores afectados. Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción alegadas para llevar a cabo la decisión empresarial tienen que estar relacionadas con la competencia, productividad y organización técnica del trabajo y, consecuentemente, esta relación necesariamente requiere una causa objetiva justificada que sea realmente apreciable en la organización empresarial. La doctrina sostiene que, es necesario un juicio de razonabilidad de las medidas que se han tomado respecto de las causas alegadas y que, este juicio de razonabilidad, debe acreditar la conexión de funcionalidad de la medida que permita validar la misma¹⁵.

Para los tribunales no existe potestad absoluta del empresario con respecto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, teniendo éste que probar la concurrencia de la causa y la adecuación de la organización y la medida tomada, resistiéndose aquellos a aceptar una reducción del control judicial.

¹³ STS (Social) 10/05/2005 (Rec 2363/2004)

¹⁴ Toscani Giménez, D., 2012: Págs 5-6. Texto en línea. ; Sáez Lara, C., 2012: Págs 238-239. Texto en línea.

¹⁵ Marrero Sánchez, EM., 2013: Pág 5.

Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que insisten en la introducción de tales criterios en esta materia destacando una del año 2014 ¹⁶, que sostiene que si hay un hecho objetivo que sea susceptible de alterar las condiciones estipuladas en el contrato (en el caso se altera la jornada y el salario), a partir de esta alteración la medida será justificada si se corresponde con dicho hecho y si sirve para mejorar la competencia de la empresa, correspondiendo a los tribunales el juicio sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, y también sobre la razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación.

Por tanto, de lo precedentemente expuesto, se desprende que la jurisprudencia viene exigiendo que las causas que justifiquen la modificación sustancial de las condiciones de trabajo sean razonables y permitan corroborar la racionalidad de la medida que haya tomado la empresa. Corresponde a los tribunales el juicio sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, pero también sobre la razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación¹⁷.

Si las causas no están especificadas correctamente en la notificación, se podría provocar la indefensión del trabajador y la medida podría ser considerada, como veremos más adelante, injustificada, si aplicamos analógicamente los parámetros establecidos para el despido. En efecto, el artículo 105.2 LRJS establece que no se podrán alegar en el juicio hechos que no se hayan mencionado en la carta de despido, ya que si fuese así se provocaría indefensión al trabajador.

De otra parte y, refiriéndonos aún los requisitos de forma de la notificación realizada a la trabajadora, cabe mencionar que ésta se produce sólo a la trabajadora y que el artículo 41 ET en su párrafo tercero dispone que cuando las modificaciones son individuales, es necesario notificar la misma tanto al trabajador afectado como a los representantes de los trabajadores, con el plazo mínimo de 15 días a la fecha de su efectividad. Además, el Comité de Empresa de Alcanfor S.A, en virtud del artículo 64 ET, tiene derecho a ser informado por el empresario sobre las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores.

La ausencia de notificación a los representantes de los trabajadores es una obligación independiente, teniendo en consideración que éstos son, según el Tribunal Supremo¹⁸, tanto los representantes unitarios (Delegados de Personal y Comités de Empresa), como los sindicales (Delegados Sindicales). El incumplimiento de esta

¹⁶ STS (Social) 10/01/2014 (Rec. 56/2013)

¹⁷ STS (Social) 27/01/2014 (Rec. 100/2013)

¹⁸ STS (Social) 29/06/1995 (Rec. 1992/1994)

obligación se encuentra tipificada en el artículo 7.6 y 7.7 TRLISOS¹⁹, dando lugar a una sanción que veremos más adelante.

Respecto a la forma de la comunicación, cabe mencionar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha²⁰ que establece que la comunicación del artículo 41 ET debe hacerse por escrito para propiciar un adecuado conocimiento y, a falta de comunicación escrita, para evitar la indefensión del trabajador, corresponde al empresario la carga de la prueba.

Los requisitos formales de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo son similares a los estipulados en caso de despido, por lo que analógicamente nos remitimos a las disposiciones legales que lo regulan. En el ámbito del despido y de la falta de la comunicación a los representantes de los trabajadores, nos atañe la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía²¹ la cual declara que, a pesar de ser una infracción administrativa en virtud del anteriormente citado artículo 7.7 TRLISOS, no es una infracción que se agote con una sanción administrativa, ya que podrá tener generar consecuencias en el ámbito judicial, como veremos a continuación.

Por otro lado, cabe decir que las diferentes vías de reacción que tendría Dña. Rogelia respecto a esta notificación serían las siguientes:

1. Aceptación de la modificación sustancial y adaptarse a los cambios que se le imponen.
2. Impugnar la decisión empresarial en un plazo de 20 días²² desde la notificación a los representantes de los trabajadores, reclamando la nulidad de la decisión. Si bien, como en este caso la notificación no se ha producido respecto a los representantes, el empresario no podrá alegar caducidad²³. Esta impugnación se lleva a cabo ante la Jurisdicción Social, siguiendo el procedimiento del art. 138 LRJS, que podrá declarar la modificación justificada, injustificada o nula. Dña. Rogelia podría basarse a la hora de impugnar la medida en el hecho de que no se hubiesen especificado las causas justificadoras de la modificación, además del hecho de no haberse notificado a los representantes de los trabajadores la medida.

¹⁹ Cruz Villalón, J., 1994: Pag 155. Citado por MT Alameda Castillo y EM Blázquez Agudo.

²⁰ STSJ Castilla-La Mancha 18/04/1996 (Rec. 1064/1995)

²¹ STSJ Andalucía (Sevilla) 5/07/2011 (Rec. 3803/2010) ; STSJ Andalucía 22/01/2010 (Rec. 2218/2009), que recoge la doctrina del TS en la STS 18/04/2007 (Rec de casación para la unificación de la doctrina 4781/2005)

²² Plazo establecido en el artículo 59.4 ET y en el artículo 138.2 LRJS, y que es de caducidad conforme a STS (Social) 22/07/1999 (Rec. 4792/1998).

²³ La STS (Social) 2/11/2016 (Rec 911/2016) establece que no habrá sujeción al plazo de caducidad por no cumplirse los requisitos formales del artículo 41, entre las que se encuentra la notificación a los representantes de los trabajadores.

En relación con las causas justificadoras, cabe referirnos al artículo 138.7 LRJS, que establece que la decisión empresarial podrá ser declarada justificada o injustificada según hayan quedado acreditadas o no las razones por la empresa, respecto de los trabajadores afectados. Por otro lado, respecto a la falta de notificación a los representantes de los trabajadores, en virtud de jurisprudencia de años anteriores²⁴, al no haberse llevado a cabo la notificación a aquellos, no se podría ejercitar la acción de impugnación por el procedimiento del artículo 138 LRJS pero, a partir de la entrada en vigor de la LRJS y como se establece en jurisprudencia reciente²⁵, actualmente aunque no se hayan llevado a cabo los requisitos establecidos por el artículo 41 ET, la impugnación de la medida se llevará a cabo por el procedimiento del artículo 138 LRJS. Además, podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2007, que declara nulo un despido por incumplir la comunicación a los representantes y, consecuentemente, incumplir los requisitos del artículo 53.1 ET que establece la exigencia de dicha comunicación. No obstante, la nueva normativa de la LRJS establece en su artículo 122 que se declarará improcedente la medida de despido llevada a cabo cuando no se cumplan los requisitos del artículo 53 ET que establece, además, la obligación de entregar la copia a los representantes de los trabajadores cuando se dé el supuesto del artículo 52.c ET.²⁶

Si el juez estima que, como es evidente, estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo injustificada, la trabajadora tendría derecho a su reincorporación en su puesto de trabajo, además de una indemnización por daños y perjuicios y, si el empresario no cumple con esta obligación, aquella podría solicitar que se ejecute el fallo y se extinga su contrato por lo dispuesto en el artículo 50.1c) ET. Si el juez declara la medida como nula el trabajador puede optar por el cumplimiento de la obligación o la extinción de su contrato.

3. Decidir la resolución del contrato con la indemnización pertinente. Esta acción prescribe en el plazo de un año previsto en el artículo 59.2 ET²⁷. La indemnización sería de 20 días de salario por servicio efectivamente prestado, con el límite de 9 meses. Además, si el empresario no paga dicha indemnización y se acude a la jurisdicción, se requiere que el trabajador que resulte perjudicado pruebe el daño de

²⁴ STS (Social) 10/04/2000 (Rec. 2646/1999).

²⁵ STS (Social) 11/01/2017 (Rec. 1366/2016).

²⁶ La STS (Social) 14/02/2017 (Rec. 2312/2015) recalca que la copia a los representantes se llevará a cabo solo en los supuestos del artículo 52.c ET.

²⁷ STSJ País Vasco 4/10/2011 (Rec. 2041/2011) ; STS 20/04/2009 (Rec. 2558/2008)

forma real²⁸ y, además, el nexo entre la modificación y el perjuicio causado²⁹. Normalmente esta opción es llevada a cabo por el trabajador cuando éste crea que la impugnación no será válida al haber sido una modificación justificada. Esta vía es la que ha tomado Dña. Rogelia, al haber decidido la extinción de su contrato con la indemnización pertinente.

Respecto a la posibilidad de que se hayan cometido infracciones administrativas, debemos mencionar el artículo 7.5 TRLISOS, que establece como tal la vulneración de las normas o límites legales o que se hayan pactado respecto al tiempo de trabajo establecidos en el artículo 12, pero deducimos que este artículo se refiere al número de horas de la jornada, por lo que es más probable que se establezca la infracción tipificada en el párrafo 2 del mismo artículo, por violar la normativa aplicable a las modalidades contractuales, al imponer unilateralmente la novación contractual a tiempo parcial.

Además, el artículo 7.6 TRLISOS califica como infracción la MSCT que sea impuesta unilateralmente sin seguir los procedimientos de los artículos 41 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo) y 82.4 (referido a Convenio Colectivo), pero no cabría sanción si entendemos que el precepto se refiere a modificaciones colectivas porque estamos ante una modificación individual. Sin embargo, como se dijo anteriormente, si se puede imponer una sanción por la falta de notificación a los representantes de los trabajadores (7.7 TRLISOS).

TERCERO.- La siguiente cuestión a analizar es la relativa al traslado al centro de Vigo que se notifica a Dña. Rogelia. Cuando el cambio en el lugar de trabajo no conlleva el cambio de residencia del trabajador, estaríamos ante un ejercicio del ius variandi del empresario, y no generaría derecho compensatorio³⁰. Sin embargo, cuando el cambio de lugar de trabajo conlleve, como ocurriría en el caso, la variación del lugar de residencia del trabajador, estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En el caso de Dña. Rogelia, estamos ante un traslado, ya que se trata de un cambio de centro de trabajo que conllevaría el cambio de residencia de la trabajadora de Puerto Real a Vigo y, además suponemos que se trata de un cambio indefinido, ya que la empresa no notifica un cambio permanente que dure menos de 12 meses en un periodo de 3 años, que es el plazo cuya superación, según dispone el artículo 40.4 ET, conllevaría el tratamiento de “desplazamiento”.

²⁸ STSJ Canarias/Las Palmas 31/01/2013 (Rec. 1583/2012)

²⁹ STSJ Baleares 11/09/2001 (Rec. 387/2001)

³⁰ STS 19/04/2004 (Rec.1968/2003)

La primera cuestión que debemos analizar aquí es si, con respecto a la orden de traslado, nos encontramos con la vulneración de algún derecho fundamental. Cabe decir que respecto de la notificación del traslado, producida el día 15 de enero, podríamos encontrarnos ante una represalia por parte de la empresa a la trabajadora por haberse puesto ésta en contacto con el Comité de Empresa el 13 de enero para pedir asesoramiento respecto a la reducción de jornada y salario que se le notificó anteriormente, aconsejándole dicho órgano la interposición de una demanda. Considerando esto, cabe adentrarnos en el ámbito de la garantía de indemnidad, la cual se traduce por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 183/2015, de 10 de Septiembre de 2015 ³¹, como una protección al trabajador respecto a la imposibilidad del empresario de adoptar medidas de represalias derivadas del ejercicio por parte del trabajador de la tutela de sus derechos. Esta represalia por parte de la empresa supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 CE, ya que la garantía de indemnidad se considera integrada en tal derecho. Es decir, la empresa no puede interponer medidas como represalia al trabajador por haber llevado a cabo acciones judiciales o actos preparatorios³² tendentes a reconocer derechos respecto a los que el trabajador se creía asistido. Así, el Tribunal Constitucional, en sus numerosas sentencias al respecto, declara que estas acciones por parte de la empresa deben ser calificadas como discriminatorias y radicalmente nulas por ser contrarias a un derecho fundamental.

En relación con los requisitos formales de la notificación, cabe decir que la movilidad geográfica no sigue el procedimiento común de las modificaciones sustanciales establecido en el artículo 41 ET, sino que cuenta con una regulación específica en el artículo 40 ET, el cual regula los cambios geográficos que se llevan a cabo por causas organizativas, técnicas, económicas o de producción y la exigencia de notificación a los representantes de los trabajadores, entre otros aspectos. Ante la ausencia de notificación a los representantes de los trabajadores y, además de la falta de causas organizativas especificadas, nos remitimos de nuevo a lo anteriormente expuesto respecto a los mismos incumplimientos llevados a cabo en la notificación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo a la trabajadora, por lo que, este traslado podría llegar a ser declarado injustificado.

Doña Rogelia tendría tres opciones para actuar frente a este traslado:

³¹ Entre otras, en la que expone su doctrina respecto a la Garantía de Indemnidad.

³² STC 55/2004, de 19 de abril, en la que se establece que la garantía de indemnidad también protege al trabajador respecto de todo acto procesal o preprocesal necesario para acceder a los tribunales.

1. Aceptarlo, devengando en este caso un derecho compensatorio por gastos cuya cuantía será acordada con el empresario. Esta compensación cubrirá los gastos personales y familiares de la trabajadora³³.
2. Rechazar el traslado, lo que conllevaría la extinción del contrato con derecho a indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades. El plazo para ejercitar esta acción es de un año³⁴.
3. Cumplir la orden de traslado pero impugnarla, recurriendo a la jurisdicción social a través del procedimiento del artículo 138 LRJS, pudiendo el tribunal declarar el traslado como justificado, injustificado o nulo. Si el tribunal lo declarase injustificado, Dña. Rogelia tendría derecho a ser repuesta en su puesto de trabajo inicial y en sus mismas condiciones de trabajo anteriores, en virtud del artículo mencionado anteriormente y del artículo 40 ET, además de una indemnización por gastos y perjuicios, e incluso es posible por daño moral³⁵.

Sin embargo, como expusimos anteriormente, esta medida podría ser contraria a la garantía de indemnidad y, consecuentemente, estar vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Doña Rogelia podría impugnar la medida, acumulándose en el proceso de demanda por movilidad geográfica la pretensión de tutela del derecho fundamental, en la que se contará con la citación como parte del Ministerio Fiscal. Así, en relación con la tutela del derecho fundamental, correspondería a la trabajadora la aportación de un “principio inicial de prueba” que permita apreciar el indicio de discriminación por parte de la empresa³⁶. Una vez aportado este indicio de prueba por parte del trabajador, cabe referirnos al artículo 96.1 LRJS, el cual establece que en los supuestos de vulneración de un derecho fundamental la carga de la prueba corresponde al demandado. Además, la jurisprudencia ³⁷ también se ha referido a la imposición al empresario de aportar la prueba de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, así como su carácter ajeno a la posible vulneración de los derechos fundamentales.

Cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero de 2015 (Rec. 804/2014) que, entre otras, establece que esta garantía también existe si el perjuicio al trabajador está vinculado causal y objetivamente

³³ STS (Social) 8/06/1998 (Rec. 4232/1997)

³⁴ STS (Social) 29/10/2012 (Rec. 3851/2011), plazo que se deriva del artículo 59.1 ET.

³⁵ STS (Social) 17/12/2011 (Rec 1136/2011)

³⁶ STC 2/2009, de 12 de enero

³⁷ STC 92/2009, de 20 de abril y 74/2008 de 23 de junio.

a la acción que ha llevado a cabo la empresa, aunque ésta no haya tenido el propósito de vulnerar el derecho fundamental.

En mi opinión la conexión temporal entre la puesta en contacto de la trabajadora y la notificación del traslado es un indicio suficiente³⁸ para poder hablar de una represalia a Doña Rogelia y referirnos a la garantía de indemnidad de ésta, ya que concurren solo dos días desde la consulta de la trabajadora al Comité de Empresa y la notificación del traslado.

Por otro lado y, sin perjuicio de la posible sanción por la falta de notificación a los representantes de los trabajadores que aparece tipificada como infracción en el art 7.7 TRLISOS a la que hicimos referencia anteriormente, existe la posibilidad de que se haya cometido la infracción del artículo 7.10 TRLISOS, que califica como tal los actos contrarios a los derechos que el art. 4 ET reconoce a los trabajadores, dado que el artículo 4.2 ET contempla como derecho de los trabajadores el ejercicio por parte de éstos de acciones que se deriven de su contrato laboral. Tenemos que tener en cuenta que la empresa lleva a cabo la decisión del traslado a raíz de que Dña. Rogelia acude al Comité de Empresa para pedir asesoramiento, circunstancia que se vincula al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

CUARTO.- La siguiente cuestión a analizar parte de la actividad llevada a cabo por D. Leodegario como consecuencia de los actos llevados a cabo con Dña. Rogelia, debiendo, en primer lugar, determinar la actitud de D. Leodegario está amparada por algún derecho fundamental y si entraría dentro de la libertad sindical o de la libertad de expresión. Partimos de que en nuestro modelo de relaciones laborales contamos con un doble canal de representación en la empresa: la representación unitaria (Comités de Empresa y Delegados de Personal) y representación sindical (Secciones Sindicales y Delegados Sindicales).

Los sindicatos aparecen regulados en el artículo 7 de la CE, que también les atribuye el derecho a la libertad sindical en el artículo 28.1 CE. Haciendo referencia a una vertiente colectiva de la libertad sindical nos encontramos con diferentes sentencias que establecen una diferenciación entre los sindicatos y los órganos de representación unitarios. Así, el Tribunal Constitucional ³⁹ afirma que las organizaciones representativas están al margen de las sindicales, basándose en que el sindicato se encuentra constitucionalizado en virtud artículo 7 CE, el cual les atribuye la función de contribuir a la

³⁸ Cabe referirnos a la STSJ Andalucía 4/04/2007 (Rec. 3876/2006), en la que el tribunal establece la necesidad de existencia de una conexión temporal.

³⁹ STC 118/1983, 13 de diciembre

defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, además del ejercicio de los derechos necesarios para llevar a cabo dicha función. Esto se manifestaría en el derecho a la libertad sindical, consagrado en el artículo 28.1 CE en su vertiente colectiva. Sin embargo, esta constitucionalización no se da en los Comités de Empresa o Delegados de Personal, aunque en ocasiones sí que podría verse vulnerado su derecho a la negociación consagrado en el artículo 37 CE. Por otra parte, en otra sentencia, el Tribunal Constitucional ⁴⁰expone que no cabe la discrepancia de funciones del sindicato y de los órganos de representación, ya que aunque a los representantes de los trabajadores se les atribuye, por ejemplo, el ejercicio de acciones judiciales o administrativas, esto no excluye el derecho de los sindicatos a plantear las mismas en un conflicto colectivo. Pero, no obstante, continúa el Tribunal apuntando que los órganos de representación en la empresa, aún estando vinculados con el artículo 129.2 CE, son de creación legislativa y sólo la Ley les atribuye sus competencias y que, por el contrario, el sindicato se encuentra reconocido constitucionalmente y la propia Constitución le atribuye sus funciones.

Por consiguiente, la titularidad del derecho fundamental a la libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 CE , en su vertiente colectiva, pertenece solo a los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, y no a los Comités de Empresa y a los Delegados de Personal⁴¹.

No obstante, Cruz Villalón ⁴², expone que la regulación de los órganos de representación unitaria se encuentra muy vinculada con la de las organizaciones sindicales. Se produciría una “sindicalización” de las organizaciones de representación unitaria a través de la presencia de sindicatos en las mismas, lo que es propiciado por la ley, llegando incluso a depender la representatividad sindical de su presencia en los órganos de representación estatutaria. Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1994, de 9 de Mayo, afirma que los sindicatos no son los únicos sujetos representantes de los trabajadores que pueden promover y defender sus intereses, sino que existen otras instituciones legales, como los Comités de Empresa o Delegados de Personal, que pueden realizar funciones clasificables como sindicales. En este sentido, las diferencias entre sindicatos y representación unitaria hoy en día tienden a difuminarse debido a la interacción que se produce entre ambos órganos. Teniendo en cuenta este planteamiento, el Tribunal Constitucional considera que en caso de que se obstaculice la actividad de los órganos representativos, indirectamente se obstruiría los derechos de las organizaciones sindicales que se integran en aquellos. Por ello deducimos que si el

⁴⁰ STC 37/1983, 11 de mayo

⁴¹ STSJ Andalucía (Málaga) 1/07/2010 (Rec 454/2010) y STC 134/1994, de 9 de mayo.

⁴² Cruz Villalón, J., 2013: Página 452.

Comité de Empresa estuviera formado por miembros pertenecientes a sindicatos, y se le limitara u obstaculizara su actividad, consecuentemente se estarían lesionando los derechos reconocidos a los sindicatos. No obstante, en el caso que nos atañe cabe mencionar que D. Leodegario no forma parte de ninguna candidatura sindical, sino que pertenece a una candidatura independiente de grupo de trabajadores, por lo que no se le aplicaría el derecho a la libertad sindical.

Por otro lado, desde un punto de vista individual, del derecho a la libertad sindical abarca a todos los trabajadores, incluyendo en este concepto el artículo 12 LOLS tanto a los trabajadores sujetos a relación laboral, como funcionarios, autónomos sin trabajadores a su servicio y personal estatutario. En este contexto el Tribunal Constitucional señala que, aunque los trabajadores no se encuentren afiliados a ningún sindicato, pueden estar amparados por el derecho de libertad sindical, ya que en las actividades externas tal derecho protege a todos los trabajadores que participen en ella. Por lo que cabe decir que dentro de la actividad sindical amparada por el derecho en cuestión se incluye la participación en actividades promovidas por un sindicato, independientemente de su afiliación o no al mismo. Cabe hacer referencia a un Auto del mismo Tribunal⁴³ que, desde un punto de vista individual, establece que el derecho a la libertad sindical no excluye a los trabajadores no afiliados a un sindicato como titulares de tal derecho ya que, según el TC, no tendría sentido que en una actividad promovida por un sindicato los afiliados a éste se encuentren amparados por el artículo 28.1 CE y los no afiliados que participen en la misma actividad no. Asimismo, encontramos jurisprudencia⁴⁴ que estipula la falta de legitimidad en el derecho a la libertad sindical del Comité de Empresa, exclusivamente en función de su condición como órgano de representación de los trabajadores, lo cual no implicaría la falta de legitimación de sus miembros individualmente considerados. Es decir, la falta de legitimación sólo se refiere al Comité en cuanto órgano.

Consecuentemente, las represalias o sanciones contra los trabajadores no afiliados que participen en actividades sindicales vulnerarían igualmente el artículo 28.1 CE.

Por tanto, cabe decir que desde un punto de vista individual, las acciones de D. Leodegario se han llevado a cabo sin que éste participara en ninguna actividad organizada por un sindicato es decir, no ha llevado a cabo una actividad sindical, por lo que no estaría legitimado para ser titular del derecho fundamental a la libertad sindical . Todo esto sin

⁴³ ATC 731/1986, de 24 de septiembre.

⁴⁴ STSJ Madrid 21/05/2008 (Rec. 610/2008).

perjuicio de que puedan verse vulnerados otros derechos fundamentales si se limitan u obstaculizan sus actuaciones como representante unitario de los trabajadores.

Respecto a la libertad de expresión, para comenzar cabe hacer referencia a que este derecho se encuentra amparado en el artículo 20.1 CE que, de igual modo establece el derecho a la libre comunicación de la información y, además se aplica a todos los trabajadores independientemente de su pertenencia o no a un órgano de representación. Se trata de un derecho que es imprescindible en el ejercicio de las funciones de los representantes de los trabajadores, por lo que ha de encontrarse garantizado frente a actuaciones empresariales que sean contrarias al mismo. La libertad de expresión da la posibilidad a los miembros de los órganos estatutarios de emitir sus opiniones particulares en materias concernientes a su función representativa. Estas opiniones pueden ser en un ámbito interior (a los representados o a los representantes) o exterior (público o trabajadores o representantes de otras empresas), pudiendo publicar el conflicto colectivo para movilizar y concienciar a los trabajadores que puedan verse afectados. No obstante, respecto a la libertad de manifestar las opiniones por parte de los representantes de los trabajadores, nos encontramos ante una “libertad de expresión reforzada” que el Tribunal Supremo ha expuesto⁴⁵ al afirmar que el derecho de expresión en los cargos representativos tiene un margen más amplio de libertad y de discrecionalidad, ya que determinadas actuaciones tendrían la consideración de lícitas si las llevan a cabo los representantes de los trabajadores y de ilícitas si se realizasen por trabajadores que no ostenten tal condición. Como expone el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión alberga la libertad de crítica y exposición de opiniones que sean opuestas a la actuación empresarial⁴⁶ y que el ejercicio adecuado de la misma conllevaría el amparo de los mecanismos de protección jurídica establecidos para garantizar el ejercicio de los Derechos Fundamentales⁴⁷. Además de constitucionalmente, este derecho se recoge en el artículo 68 d) ET, que regula las garantías específicas de los representantes de los trabajadores.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho puede llevar a situaciones de conflicto con la empresa, que puede considerar que las actuaciones se han llevado a cabo con mala fe o se ha dado información incumpliendo el deber de sigilo que corresponde a los representantes de los trabajadores.

⁴⁵ STS (Social) 28/02/1990 (Roj.17289/1990)

⁴⁶ STC 120/1983, de 15 de diciembre.

⁴⁷ STC 88/1985, de 19 de julio.

De igual modo, el Tribunal Constitucional establece la necesidad de atender a las circunstancias y al contexto en que se lleven a cabo las actuaciones para ponderar si el representante actuó dentro de los límites del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Para tal ponderación habrá que aclarar que las acciones llevadas a cabo estuvieron centradas en el objeto del conflicto, así como que la expresión de las opiniones, ideas o pensamientos se lleve a cabo sin insultos ni injurias, además de que las acciones no produzcan daño real a la empresa⁴⁸.

Además, respecto a los límites del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Supremo afirma que las expresiones vejatorias o injuriosas exceden de los límites a la libertad de expresión de los representantes, y atacarían a la honorabilidad de la empresa⁴⁹, y las actuaciones de un trabajador en calidad de representante, sin existencia de tales expresiones, incluyendo la divulgación en medios de comunicación, se encuentran amparadas en el derecho a la libertad de expresión. De otro lado, el Tribunal Constitucional hace referencia a que, cuando la expresión pública de opiniones es referente al funcionamiento de una empresa y se lleva a cabo por un trabajador, dicha libertad queda enmarcada en el artículo 7 del Código Civil, que establece la exigencia de buena fe a la hora de ejercitar los derechos.

Por todo esto, cabe concluir que la actuación de D. Leodegario podría encontrarse amparada dentro del derecho a la libertad de expresión, ya que todas las actividades se han llevado a cabo conforme a su condición de miembro del Comité de Empresa, buscando la defensa de los derechos de una trabajadora y sin injuriar.

QUINTO- La siguiente cuestión a analizar es la que surge a raíz de la imposición de una sanción a D. Leodegario por salir de su puesto de trabajo antes de la hora a partir de la cual comunicó a la empresa que haría uso de su crédito horario. Pues bien, en primer lugar debemos mencionar el artículo 58 ET, según el cuál es posible sancionar a los trabajadores cuando incumplan sus obligaciones laborales según las sanciones y faltas que se establezcan en las leyes o Convenios Colectivos. Además, cabe decir que, en virtud del artículo 53 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, que resulta de aplicación porque no hay convenio de empresa propio, se considera falta grave la impuntualidad superior a treinta minutos en un mes. D. Leodegario se ausenta de su puesto de trabajo un total de 50 minutos (23 y 27 minutos con antelación a la hora que comunicó a la empresa cada día respectivamente), por lo que la infracción que se le

⁴⁸ STC 204/2001, de 15 de octubre.

⁴⁹ STS 20/04/2005 (Rec. 6701/2003)

imputa está justificada. Por otro lado, para la imposición de faltas graves o muy graves a los representantes de los trabajadores, se exige legalmente⁵⁰ la apertura de un expediente contradictorio con anterioridad a la sanción o despido.

En relación a los requisitos de este expediente contradictorio, y respecto al procedimiento del mismo, la jurisprudencia ha venido reiterando que se considera esencial la comunicación de los hechos al afectado, así como al Comité de Empresa o Delegados de Personal⁵¹, que el interesado tenga conocimiento y comprensión clara de dichos hechos para que pueda llevar a cabo las alegaciones y, posteriormente, impugnar la decisión⁵² si lo estima pertinente. Respecto a la audiencia al interesado y al órgano de representación, en el caso que nos atañe la persona afectada tiene la condición de presidente del Comité de Empresa, por lo que cabe hacer referencia a pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo, el cual estima que, al ser el Comité de Empresa un órgano colegiado que actúa mediante decisión mayoritaria de sus miembros, se considera que la comunicación para el trámite de audiencia al presidente de dicho órgano da por cumplido el requisito esencial de dar audiencia al Comité de Empresa⁵³. Así, partiendo de esta consideración encontramos una sentencia del mismo tribunal⁵⁴ en la que en la persona afectada también concurre la condición de presidente del Comité de Empresa, entendiéndose la comunicación al mismo como comunicación al resto de miembros del órgano.

Por lo anteriormente expuesto deducimos que, respecto a la comunicación de audiencia a los representantes de los trabajadores, no se ha incumplido ningún requisito formal por parte de la empresa a la hora de llevar a cabo el expediente contradictorio. No obstante, cabe decir que es posible que se imponga una sanción administrativa por llevar a cabo la infracción prevista en el artículo 7.7 TRLISOS, al no haberse realizado la notificación al resto de representantes.

Por otro lado, en relación con el plazo, ni la Ley ni el Convenio Colectivo de aplicación establecen la duración del plazo de alegaciones⁵⁵, por lo que sería válido el plazo de dos días que la empresa da a D. Leodegario. De igual modo, cabe referir que el expediente contradictorio tiene el valor de mera prueba documental para el proceso judicial, la cual podrá acompañarse de otras pruebas que estime el juzgador.

⁵⁰ Artículo 68 a), que se refiere al expediente contradictorio sancionador como una garantía de los representantes de los trabajadores

⁵¹ STS (Social) 22/01/1991 (Roj. 244/1991)

⁵² SJS nº3 Santiago de Compostela 340/2011, 21 de octubre

⁵³ STS (Social) 25/01/1990 (Roj. 496/1990)

⁵⁴ STS (Social) 23/05/1990 (Roj. 3909/1990)

⁵⁵ Esto no sucede, por ejemplo, con el Convenio Colectivo de Industrias Cárnicas, el cuál en su artículo 72 establece un plazo de 10 días para que el afectado realice las alegaciones y pruebas pertinentes.

SEXTO.- Respecto a la cuestión relativa a la validez de la prueba, cabe decir que es posible la desestimación por parte de la empresa de las alegaciones del trabajador afectado, lo que conllevaría posteriormente a la imposición de la sanción, sin perjuicio de que D. Leodegario pueda demandar ante la Jurisdicción Social para impugnar la medida, como veremos más adelante. Por otro lado, respecto de los hechos que se imputan al trabajador en el expediente contradictorio, la carga de la prueba siempre recae sobre el empresario, que debe mostrar que efectivamente se han producido los hechos susceptibles de infracción, sin que quepa oponerse a otra causa diferente a lo alegado para justificar la sanción. No obstante, en el expediente contradictorio no es esencial que se lleve a cabo una actividad probatoria, ya que se considera que el momento propio para realizar un periodo probatorio sería durante el proceso judicial que se llevaría a cabo posteriormente si el trabajador decide impugnar la sanción⁵⁶, por lo que realmente D. Leodegario no tiene la obligación de probar que no ha cometido la infracción en el pliego de descargos que realizaría en respuesta al pliego de cargos que la empresa le ha remitido en la apertura del expediente contradictorio con los hechos que se le imputan.

En relación con el uso de testigos como medio de prueba, cabe decir que, como expone el artículo 90 LRJS, las partes podrán utilizar cuantos medios de prueba sean admitidos por la Ley para acreditar los hechos, por lo que la prueba testifical es válida, pero no se admitirán pruebas obtenidas a través de procedimientos que vulneren derechos fundamentales.

A raíz de aquí cabe mencionar que el supuesto que nos atañe se refiere a un supuesto uso indebido del crédito horario, entendiéndose por éste el conjunto de horas retribuidas de las que dispone el representante de los trabajadores mensualmente para ejercitar sus funciones representativas siempre y cuando se lleve a cabo previo aviso y una justificación al empresario, en virtud del artículo 37 ET. En este contexto, cabe mencionar el artículo 143 OIT, el cual dispone el derecho de los representantes de los trabajadores de disfrutar del tiempo libre necesario para desempeñar sus funciones representativas, así como el artículo 68.e) ET que se refiere al uso del crédito horario como una garantía de los representantes de los trabajadores. En consonancia con ello, el Tribunal Supremo⁵⁷ ha afirmado que el uso del crédito horario por más horas de las que duraban las actividades representativas constituiría un incumplimiento contractual, pero no es abuso de confianza o mala fe en el desempeño del cargo representativo, además de establecer la presunción del empleo correcto de las horas solicitadas por el

⁵⁶ STS (Social) 22/01/1991 (Roj. 244/1991)

⁵⁷ STS (Social) 21/01/1991 (Roj. 220/1991)

representante, por lo que podemos deducir una cierta flexibilidad a la hora de dar uso del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores.

No obstante, en el caso que nos atañe, la ausencia de mecanismos para establecer con exactitud las horas de salida del trabajador nos puede llevar a pensar que, respecto a la existencia de testigos, esto sería una falsedad o que se produce una persecución a D. Leodegario. En este último contexto, cabe decir que la jurisprudencia viene manteniendo el derecho de los representantes de los trabajadores a ejercitar sus funciones sin estar sometidos a una vigilancia singular⁵⁸. El Tribunal Supremo añade, además, que el uso del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores abarca cualquier acción que repercuta directa o indirectamente en interés de los trabajadores.

Por un lado, el titular del derecho de representación es el colectivo de trabajadores, que posee facultades revocatorias en virtud del artículo 67.3 ET cuando los representantes no ejerzan sus funciones adecuadamente. Así, el empresario sólo está legitimado para hacer uso de su poder disciplinario cuando el uso inadecuado del crédito horario sea patente⁵⁹, utilizando el Tribunal Supremo un criterio bastante restrictivo respecto a esto, como podemos ver a modo de ejemplo en una sentencia⁶⁰ en la que se establece que el uso de crédito de horas para uso propio en dos ocasiones no es habitual ni pone en peligro la función de representación, por lo que no sería sancionable. En síntesis, el representante cuenta con cierta flexibilidad a la hora de hacer uso del crédito horario y se establece una prohibición de vigilancia singular a aquél en el uso de sus funciones representativas, además de la interpretación restrictiva del poder disciplinario de la empresa para sancionar al representante por ello.

Por otro lado, respecto a la carga de la prueba conviene que nos centremos en dos aspectos diferenciados a la hora de una posible impugnación de la medida, dada la disconformidad de D. Leodegario con la misma: de un lado y, como hemos expuesto anteriormente y, respecto a los hechos imputados por la empresa, ésta tiene la carga de la prueba, es decir, la empresa tiene que probar que efectivamente se ha producido la impuntualidad, además de probar que no se ha producido una vigilancia singular del afectado.

Además, cabe decir que D. Leodegario denuncia a la empresa el día 26 de enero ante la ITSS y, el posterior día 28 de febrero se le notifica la apertura del expediente contradictorio, por lo que podríamos estar ante una posible represalia de la empresa por

⁵⁸ STS (Social) 5/06/1990 (Rec. 4275/1990); STS (Social) 31/05/1990 (Rec. 4145/1990)

⁵⁹ STS (Social) 5/06/1990 (Roj. 4275/1990)

⁶⁰ STS (Social) 31/05/1990 (Rec. 4142/1990)

aquella acción del trabajador. En este contexto, volvemos a hacer referencia a la garantía de indemnidad de los representantes de los trabajadores, que comprende que los trabajadores no sufran represalias por ejercer sus derechos laborales, independientemente de que sean o no fundamentales. Aquí el derecho a la garantía de indemnidad en relación con los actos previos o preparatorios necesarios para llevar a cabo una acción judicial⁶¹ se extiende a las denuncias ante la ITSS, como reconoce expresamente el Tribunal Supremo⁶².

Así, si D. Leodegario decide impugnar la sanción basándose en que ésta constituye una represalia, corresponde a éste aportar un “indicio de prueba” tras el cual, correspondería a la empresa probar que su decisión tenía una intención ajena a vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador (artículo 24 CE).

Más adelante nos referiremos a el procedimiento a llevar a cabo para cada motivo de impugnación al que nos hemos referido.

SÉPTIMO.- Refiriéndonos a la cuestión de la videovigilancia como prueba de la infracción del trabajador, cabe mencionar, en primer lugar, la facultad que el artículo 20.3 ET otorga al empresario para tomar las medidas de control y vigilancia que considere pertinentes para comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, siempre y cuando se respete la dignidad de aquél. No obstante, en el tema que nos atañe, debemos referirnos a los párrafos 1 y 4 del artículo 18 CE, correspondiéndose el primero de ellos al derecho a la intimidad y el segundo a la protección de datos. Pues bien, el derecho a la intimidad tiene como objeto la protección frente a cualquier invasión que pueda tener lugar en la vida personal y familiar de la persona, confiriéndole el poder jurídico de imponer a un tercero que se abstenga de llevar a cabo dicha intromisión. El Tribunal Constitucional⁶³ ha señalado que la utilización de dispositivos ópticos puede suponer una intromisión ilegítima en este derecho y establece la posibilidad de limitar el mismo siempre y cuando sea estrictamente imprescindible. Además, establece que el derecho a la intimidad no sólo opera en el ámbito de la esfera íntima del trabajador (como en vestuarios, aseos, etc), sino que podrá ejercerse en todo el centro de trabajo y que, para determinar la posible vulneración de este derecho fundamental es necesario realizar un juicio de razonabilidad que nos afirme si la medida es justificada, proporcional e imprescindible para satisfacer el interés empresarial. No obstante, en lo referido a la

⁶¹ Los actos previos o preparatorios necesarios para entablar acción judicial se encuentran protegidos por la garantía de indemnidad en virtud de la STC 14/1993, de 18 de enero, entre otras.

⁶² STS (Social) 23/12/2010 (Rec. 4380/2009), reconoce de manera clara que la denuncia ante la ITSS se encuentra protegida por la garantía de indemnidad.

⁶³ STC 98/2000, de 10 de abril.

legitimidad de las facultades de videovigilancia laboral, el Tribunal Constitucional parece plantear aquella desde el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) considerándolo de manera independiente al derecho a la intimidad. Pues bien, el derecho a la protección de datos conlleva la garantía de que la persona tenga un control sobre sus datos personales⁶⁴, uso y destino para poder impedir su utilización de manera ilícita, pudiendo imponer a terceros deberes de hacer, de información o consentimiento, así como otorgando al afectado el derecho a acceder, rectificar o cancelar el uso de aquellos datos. El núcleo esencial de este derecho radica en el derecho de la persona afectada a ser informada de quién posee sus datos personales, así como la finalidad que se pretende dar a los mismos. Este derecho de información es obligatorio en todo caso, incluido en aquellos supuestos que por ley, como veremos más adelante, excluyen la necesidad de consentimiento previo para recabar datos⁶⁵.

No obstante, para entrar a estudiar la legitimidad del uso de videovigilancia que se lleva a cabo en el caso que nos atañe, cabe referirnos al cambio doctrinal que tuvo lugar en el pasado año 2016. Con anterioridad a dicho año, la jurisprudencia⁶⁶ mantenía una postura protectora con los trabajadores. Así, aunque, en aplicación del artículo 6 LOPD⁶⁷ no sea necesario el consentimiento del trabajador, el deber de información de manera clara a éste de la existencia de videovigilancia continúa siendo necesario. Si este deber de información de control sobre la actividad laboral no se llevase a cabo se produciría una vulneración del artículo 18.4 CE. Respecto al uso para controlar la actividad laboral de cámaras instaladas permanentemente con un fin distinto a aquél, se establecía la necesidad de consentimiento para dicho uso aunque el trabajador ya conocía la existencia de las cámaras en el centro de trabajo. Así, respecto a esta doctrina, la prueba de videovigilancia del caso podría ser nula por considerarse lesiva del derecho a la protección de datos, dado su uso con finalidad de control laboral sin un previo consentimiento ni información de ello al trabajador, que conocía la existencia de cámaras para fines de protección frente a robos en la empresa. Por otro lado, el derecho a la intimidad podría verse vulnerado cuando la actuación, aun habiendo sido autorizada, altere los términos y alcance para los que se consintió⁶⁸. Esto se debe a que el trabajador puede pensar que las cámaras tienen otras finalidades, por lo que es imprescindible la

⁶⁴ La Directiva 95/46/CE en su artículo 2.a) define el concepto de dato personal como toda información respecto de una persona física que sea identificada o identificable.

⁶⁵ STS (Social) 13/05/2014 (Rec.1685/2013)

⁶⁶ STC 29/2013, de 11 de febrero y STS (Social) 13/05/2014 (Rec. 1685/2013)

⁶⁷ Que establece en su párrafo 2 que no es preciso el consentimiento cuando se refiera a una relación laboral y sea necesario para el cumplimiento de la misma.

⁶⁸ STC 196/2004, de 15 de noviembre.

comunicación de la posibilidad de uso para sancionar, de lo contrario el trabajador podría alegar una expectativa de confidencialidad⁶⁹.

Posteriormente, con la doctrina que se asienta a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo, se implanta una postura más beneficiosa para la empresa, posibilitando la existencia de medios ocultos e individualizados. Así, se establece que la facultad de control a través de videovigilancia se encuentra amparada por el artículo 20.3 ET y se implanta la regla general de que en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador para dicho control se encuentra implícito en el contrato de trabajo. Sin embargo, si la empresa utiliza el sistema de videovigilancia para otros fines ajenos a la relación contractual o laboral del trabajador, cosa que no se da en el caso, sí sería necesario el consentimiento por parte de éste para no vulnerar el derecho a la protección de datos. Respecto a la información, continúa siendo obligatorio en todo caso, en virtud del artículo 5 LOPD, pero sólo es obligatorio por parte de la empresa especificar el uso de los aparatos con fines de vigilancia, no siendo necesario especificar ningún otro fin. En consonancia con ello, se considera suficiente a efectos de cumplir el deber de información la colocación de distintivos (pegatina que se encuentra en el centro de trabajo de Alcanfor S.A), de acuerdo con la Instrucción 1/2006⁷⁰. Se considera por el Tribunal Constitucional que el conocimiento por parte del trabajador de la existencia de cámaras de vigilancia conlleva que éste sepa que puede ser grabado para controlar su actividad laboral y sancionados si incumplen sus obligaciones, por lo que no produciría una vulneración del derecho a la protección de datos el uso con dicha finalidad de los aparatos sin información a tal efecto por parte de la empresa.

Este cambio doctrinal ha conllevado la aparición de numerosas críticas. Así, a modo de ejemplo, en opinión de Daniel Toscani Giménez⁷¹ se produciría una contraposición a la expectativa de confidencialidad del trabajador si no se le informa de la finalidad de la grabación y de la posibilidad de ser sancionado, por lo que, bajo su modo de ver, no sería suficiente el uso de distintivos sino que el empresario debería informar del uso de las cámaras de seguridad para controlar la relación laboral de manera expresa y clara⁷². Asimismo, el referido autor considera que una vigilancia “ad hoc” y de forma oculta no conllevaría la superación del juicio de proporcionalidad, y que solo sería válido como modo de prueba si existe una infracción susceptible de ser sancionada⁷³.

⁶⁹ Toscani Giménez, D., 2016: Pág 159.

⁷⁰ De 8 de Noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

⁷¹ Toscani Giménez, D., 2016: Págs 153-162

⁷² Como se establece en la anteriormente referida STC 29/2013, de 11 de Febrero.

⁷³ A estos efectos: STSJ Galicia 21/04/1995 (Rec. 1036/1995).

Recientemente, el Tribunal Supremo ha dictado sentencias en aplicación de esta doctrina⁷⁴ que reiteran lo establecido en la STC 39/2016, de 3 de marzo. Así, la instalación de cámaras por razón de seguridad es una medida justificada, ya que es idónea para tal finalidad, además de necesaria y proporcional. Además, el Tribunal Supremo, considera que dentro de las razones de seguridad que la empresa pueda establecer, se incluye la protección frente a actos ilícitos que se pudieran llevar a cabo por terceros, clientes o empleados, pero dentro de dicho concepto excluye todo control que sea ajeno a la seguridad, como por ejemplo las ausencias de los empleados en su puesto de trabajo. No obstante, volvemos a recordar que el uso de videovigilancia para el control laboral es una facultad amparada el artículo 20.3 ET y que, siempre que sea para dicha finalidad, no es necesario el consentimiento del trabajador porque éste se encuentra implícito en el contrato de trabajo. Concluye el Tribunal que, si el trabajador conoce la existencia de las cámaras de videovigilancia, siempre podrá reclamar información sobre su uso a la empresa, además de denunciar a la misma ante la Agencia Estatal de Protección de Datos a fin de que se le sancione por uso indebido del sistema de vigilancia.

OCTAVO.- Finalmente, respecto a las diferentes consecuencias que pueden derivarse del caso de D. Leodegario, debemos referirnos a distintas posibilidades.

Primero cabe referirnos a que es posible que el trabajador haya sufrido una represalia por el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, que se llevó a cabo mediante las acciones que realizó el trabajador como protesta por los hechos acaecidos respecto a Dña. Rogelia, y que analizamos en la cuestión IV. El procedimiento que D. Leodegario debería llevar a cabo si impugnase la vulneración de su derecho a la libertad de expresión lo veremos más adelante.

Por otro lado, existe también la posibilidad de que se haya llevado a cabo una represalia contra el trabajador a consecuencia de la denuncia a la empresa que realizó ante la ITSS el día 26 de enero ya que, el posterior día 28 de febrero, se le notifica por parte de aquella la apertura del expediente contradictorio sancionador. Además, debemos tener en cuenta que, respecto a los testigos y al uso de videovigilancia, es posible que se haya llevado a cabo una persecución a D. Leodegario, lo que podría constituir un indicio de represalia por parte de la empresa. Así, podríamos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1989 (RJ.1989/6553) que, como anteriormente se expuso, establece la prohibición de ejercer una vigilancia singular sobre los

⁷⁴ STS (Social) 31/01/2017 (Rec. 3331/2015) y 2/02/2017 (Rec. 554/2016).

representantes de los trabajadores, ya que esto daría lugar a una lesión a su derecho de libre actividad o libre ejercicio de su cargo. Cabe decir que, como se estudió en la cuestión número IV, la actividad de D. Leodegario no se encuentra amparada por el derecho a la Libertad Sindical consagrado en el artículo 28 CE, ya que ostenta la condición de representante unitario de los trabajadores sin encontrarse afiliado a ningún sindicato, por lo que, consecuentemente, esta vigilancia singular sobre él no podría impugnarse por la vía establecida para la vulneración de los derechos fundamentales, ya que no se lesiona ni la libertad sindical ni ningún otro derecho fundamental. Aún así, las pruebas obtenidas mediante una vigilancia singular al trabajador por parte de la empresa, desconociendo ésta el derecho del trabajador a no estar sometido a dicho control, se considerarán por no aportadas⁷⁵. No obstante, ya que nos encontramos ante una posible represalia al trabajador, cabe que recordar que, como se apuntó en la cuestión VI, la garantía de indemnidad ampara todos los actos previos o preparatorios a un proceso judicial por parte del trabajador, así como las denuncias ante la ITSS⁷⁶. Por tanto, si D. Leodegario decide impugnar la medida basándose en la lesión a su derecho a la garantía de indemnidad por sufrir una represalia como consecuencia de la denuncia ante la ITSS, como ya sabemos, correspondería a éste el indicio de prueba de esta vulneración, pudiendo ser en este caso la posible vigilancia singular que ha sufrido con los testigos y el uso de videovigilancia. Después, durante el proceso, se producirá la inversión de la carga de la prueba⁷⁷, de forma que ésta recaerá sobre el empresario, que deberá demostrar que sus acciones eran ajenas a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador.

Por otro lado, respecto a la prueba de la videovigilancia concretamente, es posible que la denuncia de D. Leodegario alegue también una lesión a su derecho a la intimidad (art.18.1 CE) o a su derecho a la protección de datos (art.18.4 CE), a los que nos hemos referido anteriormente.

Dicho todo esto y, respecto al procedimiento de impugnación de la medida en primer lugar, cabe decir que el trabajador tendría un plazo de 20 días hábiles desde que se le comunica la sanción ⁷⁸. Además, es obligatorio que se aporte por parte del empresario el expediente contradictorio que estudiamos en las cuestiones V y VI, al encontrarnos ante una sanción grave impuesta a un representante de los trabajadores. Al ser posible la vulneración de los derechos fundamentales anteriormente mencionados, se

⁷⁵ STS (Social) 29/09/1989 y Convenio nº 135 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores de la Empresa

⁷⁶ STC 14/1993, de 11 de enero y STS 23/12/2010 (Rec. 4380/2009)

⁷⁷ Como establece el artículo 96 LRJS.

⁷⁸ STS (Social) 17/05/2010 (Rec. 4042/2008)

llevará a cabo también un proceso de tutela de dichos derechos. Como se establece en el artículo 2 LRJS, los órganos jurisdiccionales sociales tendrán competencia sobre las cuestiones litigiosas respecto a la tutela de derechos fundamentales cuando tenga ésta relación directa con un proceso laboral, por lo que este proceso deberá llevarse a cabo a través del procedimiento laboral ordinario. En el caso que nos atañe, se invocará la lesión de los derechos fundamentales en la demanda que deba tramitarse por el proceso de impugnación de sanciones, aplicándose en este caso las garantías de tutela de los derechos fundamentales⁷⁹ y contando, además, con la presencia del Ministerio Fiscal⁸⁰.

Finalmente, conforme al artículo 115 LRJS y, en función de lo anteriormente expuesto, el juez podrá declarar en la sentencia la revocación de la sanción, si considera las pruebas como no aportadas como consecuencia de su obtención a través de una vigilancia singular realizada al trabajador; o declararla nula por vulnerar derechos fundamentales de éste. En el caso de que el tribunal estime la demanda en lo concerniente a la tutela de derechos fundamentales y, por tanto, declare la violación de aquellos, el artículo 182 LRJS establece que el empresario deberá llevar a cabo el cese inmediato de la actividad lesiva, restablecer al trabajador en la integridad de su derecho y reponer la situación a la misma existente antes de llevar a cabo la medida empresarial. Además, el artículo 183 LRJS establece la posibilidad de que, en este caso, el juez estime la cuantía de una indemnización como consecuencia de la vulneración a un derecho fundamental.

Sin perjuicio de la demanda planteada ante la Jurisdicción Social, cabe decir que respecto de la denuncia que D. Leodegario interpone ante la ITSS. Es posible que respecto al caso de este trabajador, se pueda establecer una infracción del artículo 8.11 TRLISOS, que califica como tal los actos contrarios a la dignidad de los trabajadores, si se considera que dentro del concepto de dignidad se ampara la posible lesión a los derechos fundamentales invocados por el trabajador. Este órgano realizará una visita a la empresa para verificar si efectivamente se han llevado a cabo los incumplimientos respecto a los hechos que se le imputan. Tras esto el Inspector levantará acta de infracción, que remitirá a la autoridad competente. Ésta, en su caso, determinará una sanción administrativa pecuniaria a la empresa.

⁷⁹ En virtud de los arts. 178.2 y 184 LRJS.

⁸⁰ Como establece el art. 177.3 LRJS.

5.5. Conclusiones: Propuesta de resolución

Si bien, de todo lo anteriormente expuesto cabe realizar una propuesta de resolución para cada una de las cuestiones jurídicas precedentemente mencionadas.

Primera. Partiendo de lo expuesto en la cuestión I, cabe decir que estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dada la sustancialidad de los términos modificados, la cual efectivamente da competencia a la empresa para alterar las condiciones de los trabajadores.

Segunda. Sin embargo, acerca de la cuestión relativa a la posibilidad de reducir la jornada mediante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado III de los fundamentos jurídicos, cabe decir que pienso que al reducir las horas de una trabajadora contratada a tiempo completo éste contrato se transforma a un contrato a tiempo parcial. Por tanto, estamos ante una novación contractual impuesta unilateralmente por el empresario, incumpliendo la exigencia prevista en el artículo 12.4 e) ET. Ante este hecho, la trabajadora puede demandar ante la Jurisdicción Social y la medida podría ser considerada como nula.

Respecto a los requisitos formales de la medida llevada a cabo por la empresa y, teniendo en cuenta la inexistencia de causa probada para llevarla a cabo y de notificación a los representantes de los trabajadores, cabe decir que la trabajadora podría demandar a la empresa para impugnar dicha medida, pudiendo quedar injustificada por dichos motivos y teniendo la empresa que reincorporarla a sus condiciones de trabajo anteriores. Además, se le podría imponer una sanción administrativa de 626 a 6.250€ por llevar a cabo dos infracciones graves, tales como la falta de notificación a los representantes de los trabajadores (7.7 TRLISOS) y la violación de la normativa aplicable a las modalidades contractuales (7.2 TRLISOS).

Tercera. Relativa al traslado a Vigo notificado a Dña. Rogelia. Además de la posibilidad de que, tras una denuncia, la medida pudiese ser declarada como injustificada por la inexistencia de causas específicas y de notificación a los representantes de los trabajadores, cabe decir que, no obstante y en mi opinión, la trabajadora debería demandar ante la Jurisdicción Social la medida de traslado por haber sido tomada como una represalia por haber acudido al Comité de Empresa para pedir asesoramiento. Si la trabajadora hubiese decidido esta vía, estaría ejerciendo su derecho a la garantía de indemnidad y la medida podría ser declarada nula.

No obstante, deduzco del caso que Dña. Rogelia ya había tomado la decisión de extinguir su contrato por lo que, lo único que cabe esperar es la pertinente indemnización de 20 días de salario por año de servicio, además de la posibilidad de recibir una

indemnización por daños y perjuicios o por daños morales, como causa de dicha represalia.

Habría que tener en cuenta la posibilidad de que respecto a esta cuestión se le imponga la sanción administrativa anteriormente mencionada por realizar la infracción grave del párrafo 7 del art. 7 TRLISOS, al haber realizado la empresa un acto (decisión de traslado) como consecuencia de que la trabajadora haya acudido al Comité de Empresa, lo cual se considera un derecho que se deriva de su contrato de trabajo.

Cuarta. Respecto a si la actitud de D. Leodegario está amparada por el derecho a la libertad sindical o de libertad de expresión.

Las acciones llevadas a cabo por D. Leodegario no se encuentran amparadas dentro del derecho fundamental a la libertad sindical, ya que para que esto se produzca, estas actividades deberían haber sido organizadas por un sindicato, lo cuál no ha tenido lugar en el caso. Sin embargo, sí que se enmarcarían dentro del derecho a la libertad de expresión, ya que el trabajador ha expuesto su opinión en materias relativas a sus fundones representativas respecto a los actos que han tenido lugar en relación con Dña. Rogelia.

Quinta. Consiguientemente, debemos decir que la impuntualidad en el trabajo se encuentra tipificada en el Convenio Colectivo aplicable a la empresa Alcanfor S.A como infracción, por lo que es posible la imposición de una sanción a causa de las salidas del puesto de trabajo con antelación a la hora comunicada a la empresa. Además, la empresa ha cumplido la obligación de iniciar un expediente contradictorio previo al tratarse de una sanción grave respecto de un representante de los trabajadores. Los requisitos formales llevados a cabo por Alcanfor S.A se consideran cumplidos, ya que la obligación de dar audiencia a los representantes de los trabajadores se encuentra satisfecha con la comunicación al propio trabajador, que a su vez ostenta el cargo de presidente del Comité de Empresa.

Como se expuso en los fundamentos jurídicos, es posible que se imponga una sanción administrativa como consecuencia de la infracción del art. 7.7 TRLISOS al no haber realizado la notificación pertinente a los representantes de los trabajadores pero, sin embargo, nuestra opinión es que, como se dijo en su momento, que al haber realizado la notificación al presidente del Comité de Empresa, se entiende satisfecha la obligación de información al órgano.

Sexta. Partimos de que la empresa puede desestimar las alegaciones realizadas por D. Leodegario. Respecto a la carga de la prueba, debemos decir que en el procedimiento relativo al expediente contradictorio previo no es necesario realizar ninguna

actividad probatoria, como se ha expuesto en los fundamentos jurídicos. No obstante, la carga de la prueba en lo relativo a la sanción corresponde al empresario en todo caso. Consiguientemente, en lo relativo a la carga de la prueba en caso de vulneración de un derecho fundamental y, siendo en este caso vulnerada la garantía de indemnidad del trabajador por sufrir una represalia, la carga de la prueba recae sobre el demandado (Alcanfor S.A), sin perjuicio de que el actor deba aportar un indicio de prueba previamente.

Séptima. Respecto al tema de la videovigilancia.

Basándonos en la doctrina actual debemos decir que la empresa ha cumplido con su obligación de información al colocar el distintivo (pegatina) en el centro de trabajo. Además, la empresa no debe informar expresamente a los trabajadores del uso de la videovigilancia siempre y cuando sea con finalidad de control de las obligaciones laborales. Así, en el caso que estudiamos, la empresa utilizó los dispositivos de videovigilancia para controlar el cumplimiento laboral del trabajador, constatando que salía de su puesto de trabajo con antelación a la hora comunicada para usar su crédito horario.

Octava. El trabajador podrá impugnar la sanción que se le ha impuesto mediante el procedimiento pertinente que se establece en la LRJS. No obstante, cabe decir que nos encontramos probablemente ante una represalia, en primer lugar, por la denuncia que D. Leodegario interpuso ante la ITSS. Respecto de la persecución, de la cual son indicios los testigos y la videovigilancia, cabe decir que respecto a los primeros, se considera que se incumple la prohibición de vigilancia singular del trabajador, por lo que esta prueba se tendría como no aportada. En cuanto a la vigilancia, se consideraría una prueba válida por parte de la empresa, ya que no se ha vulnerado ni el derecho a la intimidad, porque no se produce ninguna intromisión en la esfera íntima del trabajador, debido a que la grabación se realiza en el centro de trabajo; ni el derecho a la protección de datos, porque el uso de este sistema se lleva a cabo con la finalidad de control del cumplimiento de las obligaciones laborales de D. Leodegario. Por ello, la videovigilancia no se consideraría una persecución al trabajador.

Por otro lado, no cabe invocar una tutela del derecho fundamental a la libertad de expresión, entendiendo por tanto que no se ha producido una vulneración al mismo, puesto que es claro que la represalia se produce como consecuencia de la denuncia a la ITSS, lo que deducimos por el orden cronológico de los hechos, y no por la divulgación por parte del trabajador de sus opiniones.

Finalmente, en el procedimiento de impugnación de la sanción se invocaría la lesión a la garantía de indemnidad de D. Leodegario, en el cual se aplicarían todas las garantías de tutela de los derechos fundamentales. D. Leodegario tendría que aportar un indicio de prueba que, como anteriormente se expuso, podría ser la persecución llevada a cabo por la existencia de los testigos, sin perjuicio de que la empresa deba probar posteriormente su intención ajena a la vulneración del derecho en cuestión.

Aparte de ello, como se expuso en el fundamento jurídico VIII, la administración podría sancionar a la empresa en base al art. 8.11 TRLISOS, al llevar a cabo un acto contrario a la dignidad del trabajador.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Bibliografía citada

- AAVV (2003). Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato Individual. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Alameda Castillo, MT ; Blázquez Argudo, EM. (2016). Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo. Revista Trabajo y Derecho, nº 14, págs. 1-26. Texto en Línea.
- Cruz Villalón, J. (1994). El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994. En ME. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré (coords.). La Reforma del Estatuto de los Trabajadores. (págs 116-166). Madrid : La Ley.
- Cruz Villalón, J. (2013). Compendio de Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos.
- Fabregat Monfort, G. (2016). Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET. Revista Trabajo y Derecho, Nº 17, págs. 1-13. Texto en Línea.
- Fernández Villazón, LA. (2012). La reducción de jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los instrumentos legales. Relaciones Laborales, Nº 19-20, págs 1-8. Texto en Línea.
- Marrero Sánchez, EM. (2013). La modificación sustancial de las condiciones de trabajo como medida de flexibilidad interna en la empresa. Comunicación para la Ponencia: Los diversos instrumentos de alteraciones de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas. Iuslabor.org . En comunicaciones año 2013.

URL:<http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=189> [Última consulta: 17/05/2017]

- Montoya Melgar, A. (2004). El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Nº 48, págs. 135-145.
- Román de la Torre, MD. (1992). Poder de dirección y contrato de trabajo. Valladolid: Grapheus.
- Sáez Lara, C. (2012). Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, Nº 115, págs. 221-248. Texto en Línea.
- Toscani Giménez, D. (2012). Concepto y alcance de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Actualidad Laboral. Págs 1-19. Texto en Línea.
- Toscani Giménez, D. (2016). Las facultades de la empresa de videovigilancia de sus trabajadores. Comentario a la STC 39/2016, de 3 de marzo". Revista de Derecho Social, Nº 74, págs. 153-162.

6.2. Bibliografía consultada

- Albiol Montesinos, I. (2010). Compendio de Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato Individual. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Collado García, L; Romero Ródenas, MK, Tarancón Pérez, E. (2014). La representación de los trabajadores y trabajadoras en la empresa. Albacete: Bomarzo.
- Confederación General del Trabajo. Boletín Informativo Jurídico Sindical, Nº 4. Madrid 15-IX-1995.
- Del Junco Cachero, M. (2013). El expediente contradictorio en el despido disciplinario. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 119, págs. 225-234
- Gárate Castro, J. (2009). Lecturas sobre el régimen jurídico del concepto de trabajo. (Concepto, elementos y modalidades del contrato de trabajo; salario; poder disciplinario y extinción del contrato de trabajo). 3º edición. La Coruña: Netiblo.
- García Salas, AI. (2016). Necesidades empresariales y Derechos Fundamentales de los trabajadores. Valladolid: Lex Nova
- Jover Ramírez, C.; Cervilla Garzón, MJ. (2013). Derecho Sancionador del trabajo. Colección de manuales universitarios de teleformación, Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, Nº16. Las Palmas de Gran Canaria: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- Martín Valverde, A; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F; García Murcia, J. (2014). Derecho del Trabajo. Vigésimotercera Edición. Madrid: Tecnos.

- Martín Valverde, A; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F; García Murcia, J. (2016). Derecho del Trabajo. Vigésimoquinta edición. Madrid: Tecnos.
- Martínez Moreno, C. (2016). Impugnación de medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenios. Revista Derecho de las relaciones laborales, Nº 4, págs. 323-345.
- Monedero Pérez, JL; Fernández Avilés JA. (2008). La Libertad Sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 3, págs. 247-311.
- Montoya Melgar, A. (2016). Derecho del Trabajo. Trigésima Séptima edición revisada y puesta al día. Madrid: Tecnos.
- Moreno de Toro, C; Rodríguez Crespo, MJ. (2009). Ejercicio y límites del “ius variandi” del empresario. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, Nº 98, págs. 201-211.
- Sala Franco, T; Albiol Montesinos, I. (2003). Derecho Sindical. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Tarancón Pérez, E; Romero Ródenas, MJ. (2014). Manual de modalidades de contratación laboral. Adaptado a las modificaciones introducidas por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre. Albacete: Bomarzo.
- Valverde Asencio, AJ. (2007).”Art. 68. Garantías”. Sección Primera. Órganos de representación; Título II. De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa. En S. Del Rey Guanter (director). Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia. Págs. 1331-1344.

7. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STC 37/1983, de 11 de mayo.
- STC 118/1983, de 13 de diciembre.
- STC 120/1983, de 15 de diciembre.
- STC 88/1985, de 19 de julio.
- STC 14/1993. De 11 de enero.
- STC 14/1993, de 18 de enero.
- STC 134/1994, de 9 de mayo.
- STC 98/2000, de 10 de abril.
- STC 204/2001, de 15 de octubre.
- STC 55/2004, de 19 de abril.
- STC 196/2004, de 14 de noviembre.

- STC 74/2008, de 23 de junio.
- STC 2/2009, de 12 de enero.
- STC 92/2009, de 20 de abril.
- STC 29/2013, de 11 de febrero.
- STC 183/2015, de 10 de septiembre.
- STC 39/2016, de 3 de marzo
- ATC 731/1986, de 24 de septiembre.
- STS (Social) 29/09/1989 (Rj. 1989/6553)
- STS (Social) 22/01/1990 (Roj. 244/1991)
- STS (Social)25/01/1990 (Roj. 496/1990)
- STS (Social) 18/02/1990 (Roj. 17289/1990)
- STS (Social) 23/05/1990 (Roj. 3009/1990)
- STS (Social) 31/05/1990 (Rec.4145/1990)
- STS (Social) 5/06/1990 (Rec. 4275/1990)
- STS (Social) 21/01/1991 (Roj. 220/1991)
- STS (Social) 22/01/1991 (Roj. 244/1991)
- STS (Social) 29/06/1995 (Rec. 1992/1994)
- STS (Social) 8/06/1998 (Rec. 4232/1997)
- STS (Social) 22/07/1990 (Rec. 4792/1998)
- STS (Social) 10/04/2000 (Rec. 2646/1999)
- STS (Social) 22/09/2003 (Rec. 122/2002)
- STS (Social) 19/04/2004 (Rec. 1968/2003)
- STS (Social) 20/04/2005 (Rec. 6701/2003)
- STS (Social) 10/05/2005 (Rec. 2363/2004)
- STS (Social) 18/04/2007 (Rec. 4781/2005)
- STS (Social) 14/05/2007 (Rec. 85/2006)
- STS (Social) 20/04/2009 (Rec. 2558/2008)
- STS (Social) 17/05/2010 (Rec. 4042/2008)
- STS (Social) 23/12/1010 (Rec. 4380/2009)
- STS (Social) 17/12/2011 (Rec.1136/2011)
- STS (Social) 29/10/2011 (Rec. 3851/2011)
- STS (Social) 10/01/2014 (Rec. 56/2013)
- STS (Social) 27/01/2014 (Rec. 100/2013)
- STS (Social) 19/02/2014 (Rec. 2460/2013)
- STS (Social) 13/05/2014 (Rec. 1685/2013)

- STS (Social) 29/07/2014 (Rec. 205/2013)
- STS (Social) 10/05/2015 (Rec. 261/2014)
- STS (Social) 11/01/2017 (Rec. 1366/2016)
- STS (Social) 31/01/2017 (Rec. 3331/2015)
- STS (Social) 2/02/2017 (Rec. 554/2016)
- STS (Social) 14/02/2017 (Rec. 2312/2015)
- SAN 1/04/2011 N° 59/2011
- STSJ Galicia 21/04/1995 (Rec. 1036/1995)
- STSJ Castilla- La Mancha 18/04/1996 (Rec. 1064/1995)
- STSJ Baleares 11/09/2001 (Rec. 387/2001)
- STSJ Andalucía 4/04/2007 (Rec. 3876/2006)
- STSJ Madrid 21/05/2008 (Rec. 610/2008)
- STSJ Andalucía 22/01/2010 (Rec. 2218/2009)
- STSJ Andalucía 1/07/2010 (Rec. 454/2010)
- STSJ Andalucía 9/02/2011 (Rec. 1970/2009)
- STSJ País Vasco 4/10/2011 (Rec. 2041/2011)
- STSJ Andalucía 5/07/2011 (Rec. 3803/2010)
- STSJ Canarias 31/01/2013 (Rec. 1583/2012)
- STSJ Madrid 19/01/2015 (Rec. 804/2014)
- SJS Santiago de Compostela 340/2011, de 21 de octubre.