

# Boletín de novedades laborales: octubre de 2019

En el boletín de este mes, nos hacemos eco de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el caso López Ribalda y de otros temas de actualidad

Octubre de 2019

## Ponte en contacto con PwC Tax & Legal Services

### Marta Alamán Calabuig:

Socia responsable del área de Derecho Laboral

[marta.alaman@pwc.com](mailto:marta.alaman@pwc.com)

Paseo de la Castellana, 259B  
28046 Madrid

### Marc Carreras Domènech:

Socio en el área de Derecho Laboral

[marc.carrera.domenech@es.pwc.com](mailto:marc.carrera.domenech@es.pwc.com)

Avenida Diagonal, 640  
08017 Barcelona

## Sentencia de la Gran sala del Tribunal Europeo de derechos humanos de 17 de octubre de 2019, Caso López Ribalda contra España, sobre la video vigilancia con cámaras ocultas en el lugar de trabajo

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha revisado la condena que en primera instancia otra sala del Tribunal impuso en sentencia de 9 de enero de 2018 a España, por violar el derecho a la privacidad de cinco trabajadoras de un supermercado, que fueron despedidas tras ser sorprendidas robando, dado que la empresa había utilizado las grabaciones de imágenes de las mismas a través de cámaras ocultas.

La sentencia concluye por 14 votos contra 3 que no ha habido ninguna violación del derecho al respeto de la vida privada ni del derecho a un juicio justo de las empleadas. De la amplia argumentación, vale la pena destacar que la Gran Sala considera que, aunque la normativa de protección de datos comunitaria y nacional obliga a informar a los trabajadores de la existencia de cámaras, en el caso concreto, resulta proporcionada la ocultación de las mismas, atendiendo a las circunstancias del caso y a la proporcionalidad respecto a los derechos en juego.

En ese sentido, es relevante que en el supuesto concreto está en riesgo el buen funcionamiento de la compañía porque no hay solo una sospecha de una conducta irregular aislada, sino de una acción concertada por parte de varios sujetos, lo cual crea una atmósfera general de desconfianza en el lugar de trabajo.

Si bien esta importantísima resolución parece abrir la puerta a que las empresas puedan utilizar, aunque sea en supuestos muy excepcionales y con infinidad de cautelas, las cámaras ocultas para vigilar a sus trabajadores, procede tener en cuenta que la misma se dicta en el marco de la anterior normativa europea y española sobre protección de datos, que era la vigente cuando acaecieron los hechos. Vale la pena plantearse una reflexión profunda sobre si la solución hubiera sido la misma si se hubiera aplicado el reciente Reglamento de la UE 2016/679 de protección de datos, aún más garantista en esta materia que la anterior Directiva.



“«Esto es [...] más cierto en una situación en la que el buen funcionamiento de una empresa está en riesgo no solo por la sospecha del mal comportamiento de un solo empleado, sino más bien por la sospecha de una acción concertada”

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.**

El Tribunal dirime si las circunstancias concretas de un despido objetivo por causas económica suponen discriminación por razón de discapacidad. Se trata de una trabajadora a la que se calificó como “apta con limitaciones” tras un cambio de puesto de trabajo al habersele diagnosticado “epicondilitis” y a la cual, se despidió con posterioridad por causas objetivas. La misma solicitó la nulidad del despido, argumentando discriminación por discapacidad.

El Tribunal Europeo estipula que el hecho que la trabajadora tenga una condición especialmente sensible a un tipo de trabajo, no implica directamente una discapacidad de acuerdo a la definición vigente en el marco normativo europeo, que supone la “limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo.

El Tribunal resuelve que deberán ser los tribunales nacionales los que analicen si la empresa ha incluido criterios de selección en el despido objetivo que puedan suponer una diferencia de trato basada en discapacidad, sin haber llevado a cabo cuantas acciones estuvieran en su mano para la adecuación del lugar de trabajo (con los límites de razonabilidad, si suponen una carga excesiva para la empresa). Si dichos Tribunales considerasen que las medidas efectuadas fueron adecuadas, no cabe una declaración de discriminación ya que la Directiva 2000/78/CE de igualdad de trato en el empleo y la ocupación no obliga “a contratar, ascender o mantener en su puesto de trabajo (...) a una persona que no sea competente o no este capacitada”.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18, sobre permiso paternal y adaptaciones de jornada.**

El Tribunal Europeo entra a analizar el caso de un trabajador, padre de 2 hijos, que presta servicios en el alumbrado de la ciudad de Madrid, integrado en un sistema de trabajo a turnos rotativo.

El mismo solicitó incorporarse a un turno concreto amparándose en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, que prevé el derecho a adaptar la duración y

distribución de la jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación.

La cuestión planteada ante la Sala es si la Directiva 2010/18 acerca de permisos paternales y los artículos 22 y 33, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional según la cual un trabajador que no tenga reducción de jornada y trabaje en régimen de turnos con horario variable no tiene derecho a acogerse a un horario de trabajo fijo.

La Sala explica que el marco jurídico europeo solo contempla el derecho a adaptar el horario cuando un trabajador se reincorpora de un permiso parental. Puesto que ese no es el caso del trabajador en cuestión, se concluye que la normativa europea no obliga a los estados a conceder el derecho que plantea el demandante.

**Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de octubre de 2019, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad 2960/2019 acerca del artículo 52 d) del Estatuto de los trabajadores sobre despido objetivo por absentismo**

El Tribunal analiza la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, del artículo 52 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por presunta vulneración de los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral), 35.1 (deber de trabajar y el derecho al trabajo) y 43.1 (derecho a la protección de la salud) de la Constitución, en un despido objetivo de un trabajador que acumuló 9 ausencias en días hábiles en 2 meses continuos lo cual supone que sus ausencias constituían un 22.50% de las jornadas hábiles del periodo.



(...) de manera que no cabe una propuesta de la empresa para convenir con y la comisión negociadora el cambio a otro convenio a través del procedimiento del artículo 41 sin concurrir causas”

El Constitucional va desgranando las razones por las que considera que no hay vulneración de ninguno de los artículos anteriormente mencionados. Argumenta que para que pudiera considerarse que existe vulneración del artículo 15 CE, sería necesario que se produjese un riesgo para o daño a la salud del trabajador y que no puede considerarse que el art 52.d) incurra en ello ya que se excluyen de la justificación del despido los supuestos de bajas médicas de duración superior a 20 días consecutivos y las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. En cuanto a la posible vulneración del artículo 43.1 CE, considera el Tribunal que el derecho a la protección de la salud requiere que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, sin que ello se vea afectado por el derecho del empresario a tratar de controlar el absentismo.

Por último, en cuanto a la vulneración del derecho al trabajo estipulado en el artículo 35.1 CE, el Tribunal acepta, que el art 52.d) evaluado contiene una limitación parcial del derecho al trabajo en cuanto a su mantenimiento o estabilidad, pero la misma se justifica en otra libertad constitucionalmente protegida cual es la libertad de empresa, del art. 38 CE. Considera en ese sentido que el artículo 52.d) ET, responde al objetivo de paliar el gravamen que para las empresas constituyen las ausencias y que atañe por tanto a la defensa de la productividad de la empresa, constitucionalmente protegida. En definitiva, se desestima la cuestión de inconstitucionalidad.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 30 de julio de 2019, 98/2019. Acerca de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por cambio de Convenio Colectivo.**

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, se pronuncia sobre la validez de un expediente modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo (Art.41.4 ET) acometido por una empresa, cuyo objetivo es dejar de aplicar el convenio colectivo que ha venido rigiendo sus relaciones laborales y sustituirlo por otro.

La compañía, como consecuencia de la adjudicación de una contrata que le obligaba a la subrogación en los contratos de los trabajadores de aquella, notificó su intención de iniciar un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo con el fin de proceder al cambio del Convenio a otro distinto, entendiéndose que el nuevo era el correcto, atendiendo a las funciones y ámbito de la empresa. Amparó su argumentación en un documento denominado “*Análisis de los procesos organizativos y productivos*” elaborado por un economista.

Sobre esta medida votaron favorablemente los representantes de los centros que participaron en la Comisión Negociadora

El sindicato demandante, UGT, solicita que se dicte sentencia por la que se declare nula la decisión adoptada, atendiendo a que el artículo 41.4 Estatuto de los Trabajadores no permite que el empleador modifique las condiciones colectivas cuando no existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose en ese sentido que es insuficiente la argumentación del informe aportado por el economista y además que está fuera de su competencia indicar qué Convenio Colectivo es el que mejor se adapta a la empresa.

Todo lo cual determina la declaración de nulidad de la medida impugnada, debiendo ser repuestos a los demandantes en las condiciones que disfrutaban con anterioridad.

**Sentencia 1961/2019, de 26 de marzo de 2019, del TSJ de Galicia, Recurso nº 440/2019, acerca de la naturaleza probatoria del WhatsApp.**

En este recurso se dirime la naturaleza probatoria del WhatsApp. El origen de la controversia es una demanda en la que un trabajador solicita que se declare probado que prestó servicios en una empresa durante 3 meses pese a que no mediara contrato. Aporta como prueba en la instancia conversaciones de WhatsApp con empleados y testifical de personas usuarias de las actividades deportivas del centro en el que alegaba prestaba servicios. Cuando el juzgado desestima su demanda, recurre en suplicación pretendiendo que se revise el relato de hechos probados atendiendo al contenido de los WhatsApp. Puesto que el art. 193 de la norma procesal laboral establece que para revisar los hechos declarados probados, hay que fundarse en “las pruebas documentales y periciales practicadas”, el trabajador argumenta que los WhatsApp tienen naturaleza de prueba documental.

El Tribunal entra a valorar si las conversaciones de WhatsApp se consideran prueba documental o no. Establece respecto a este punto que, a pesar de que la parte actora lo aporta como prueba documental, no es tal su naturaleza. Manifiesta que el art 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha incorporado nuevos medios de prueba distintos de los tradicionales, consistentes en la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados

mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, y que las conversaciones de WhatsApp encajan en tal concepto.

Razona la sala que la diferencia no sólo radica en la forma de aportación y práctica de la prueba, sino también en su valoración ya que, mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración (tasada en determinados documentos públicos y privados, y libre en los restantes), los nuevos medios de prueba serán valorados conforme a la sana crítica, tal y como establecen los arts. 382 y 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco pueden entenderse los WhatsApp como un documento electrónico o informático, lo cual es una modalidad de prueba documental, puesto que no tienen encaje en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que establece que el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental, circunstancia que no concurre en los WhatsApp.

En definitiva, al no tener naturaleza de prueba documental, los WhatsApp no sirven para revisar el relato de hechos probados, lo que da lugar a la desestimación del recurso de suplicación del trabajador.

A continuación comentamos dos sentencias contradictorias acerca de la laboralidad o no de los repartidores de la empresa Glovo. El hecho de que aplican decisiones opuestas respecto a hechos muy similares puede abrir la puerta a un recurso de casación en unificación de doctrina, que ayudaría a dotar de certidumbre a las relaciones surgidas de la economía colaborativa.

**Sentencia 1818/2019, de 25 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.**

En la presente sentencia, el Tribunal considera que se cumplían las notas características de la relación laboral conforme al artículo 1.1 del Estatuto de los trabajadores

En concreto, consideró el Tribunal que concurren las notas características de ajenidad y dependencia, pues la prestación de servicios presenta rasgos que sólo se pueden dar dentro del ámbito de dirección y control de una empresa. Así, el repartidor, para poder realizar su actividad, se integra en la plataforma informática de Glovo y desde ella recibe las ofertas de servicios preseleccionados por la empresa. A pesar de que sean algoritmos los que asignan el pedido a un determinado repartidor, detrás de los mismos se encuentra Glovo, que ostenta la propiedad de esos medios digitales para desarrollar su actividad.



#### Jurisprudencia comentada:

1. Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de derechos humanos de 17 de octubre de 2019, Caso López Ribalda, sobre la videovigilancia con cámaras ocultas en el lugar de trabajo
2. Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
3. Sentencia del TJUE de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18, sobre permiso paternal y adaptaciones de jornada.
4. Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2019, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad 2960/2019 acerca del artículo 52 d) del Estatuto de los trabajadores sobre despido objetivo por absentismo
5. Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de julio de 2019, acerca de aplicar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo a un cambio de Convenio Colectivo.
6. Sentencia 1961/2019, de 26 de marzo de 2019, del TSJ de Galicia sobre la naturaleza probatoria del WhatsApp.
7. Sentencias relativas a repartidores de GLOVO: (i) Sentencia de 25 de julio de 2019, del TSJ de Asturias y Sentencia de 19 de septiembre de 2019, del TSJ de Madrid.

Por ello, es impensable que el repartidor pudiera desempeñar su trabajo como trabajador autónomo al margen de la plataforma, únicamente con sus propios medios. Por otra parte, el hecho de que el trabajador utilice su propio vehículo no altera los indicios de laboralidad, pues el Tribunal considera que el medio esencial de producción de Glovo es la plataforma que emplea para su desarrollo y la explotación de la marca, que se publicita en redes sociales y en cuya solvencia y eficacia confían los restaurantes.

Por otro lado, respecto al argumento de la empresa relativo a la libertad del repartidor de elegir las franjas horarias de trabajo, la sala aduce que esa libertad no es tal pues depende de la valoración que la plataforma haya hecho de los repartidores, estableciendo un ranking en el que los primeros tienen derecho a escoger las franjas que más les convengan, por lo que, en realidad, es la propia empresa la que decide los días, las zonas y el horario. Así, la empresa confía en las evaluaciones de los clientes, de modo que, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso, delega estas funciones en los clientes. Adicionalmente, considera que Glovo dicta instrucciones, pues para ingresar en la empresa, el repartidor tiene que superar dos exámenes en los que se imparten normas sobre la manera de ejecutar su trabajo, les obliga a instalar la aplicación en su móvil, a través de la cual recibirán las órdenes para ejecutar el pedido, todo ello siguiendo un protocolo de actuación.

Asimismo, la aplicación informa, tanto a clientes como a proveedores, de dónde se encuentra el repartidor, por lo que el geo localizador GPS no es un mero instrumento para contabilizar el kilometraje, sino que también se utiliza para distribuir los servicios entre los distintos repartidores, por lo que no deja de ser un sistema de control de la ruta elegida y del comportamiento de los riders.

La empresa concierta las condiciones con los establecimientos y fija el precio final que debe pagar el cliente, desconociendo el trabajador cuáles son los establecimientos adheridos a la plataforma y la identidad de los clientes. Tampoco es libre de aceptar el precio previamente fijado por la plataforma, siendo Glovo quien factura por su actividad a proveedores y clientes finales, corriendo con los riesgos del negocio de reparto y haciendo suya la utilidad patrimonial. Así, la retribución de los repartidores viene fijada por una tarifa por servicio, a la que se suma otra cantidad por kilómetros y tiempo de espera, que, junto con la comisión de la plataforma, constituye el precio final que debe pagar el usuario. Así, la remuneración al repartidor se basa en la actividad que realiza y debe calificarse como salario.

#### Sentencia 6611/2019, de 19 de septiembre de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

La presente sentencia surge como consecuencia de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid, que consideró como autónomo al repartidor demandante.

Ante circunstancias fácticas muy similares a las expuestas cuando hemos comentado la sentencia del TSJ de Asturias, la sala del TSJ de Madrid aplica argumentaciones radicalmente distintas.

El tribunal considera que el trabajador organizaba con total autonomía su propia actividad, sin sometimiento alguno al círculo rector y organizista empresarial, que el mismo podía rechazar solicitudes de trabajo asignadas y disponía de la infraestructura productiva y del material propio (esencialmente vehículo y móvil), siendo retribuido en virtud del resultado alcanzado en la ejecución.

Por lo tanto, el Tribunal considera que la relación de prestación de servicios que han venido manteniendo el trabajador con Glovo no es de carácter laboral sino que responde a la calificación del contrato entre las partes como trabajador económicamente dependiente (TRADE), tal y como aparece definido en la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo: aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. De esta manera, la sala resuelve desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y confirmando la naturaleza mercantil del vínculo.

Cabe decir que la Sentencia aquí comentada tiene un voto particular formulada por el Ilmo. Dr. D. Enrique Juanes Fraga que entiende que la relación es laboral y para ello esgrime los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que determinaba que la relación era laboral tal y como hemos expuesto en el comentario anterior.