

# N & A newsletter

**Mayo 2017**

## **CONTENIDO**

### Noticias

El Tribunal Supremo fija en 20 días por año de trabajo la indemnización para los indefinidos no fijos en el sector público.

El crédito horario sindical solamente se disfruta durante los 11 meses de actividad laboral y no en vacaciones

## **TEMA DEL MES**

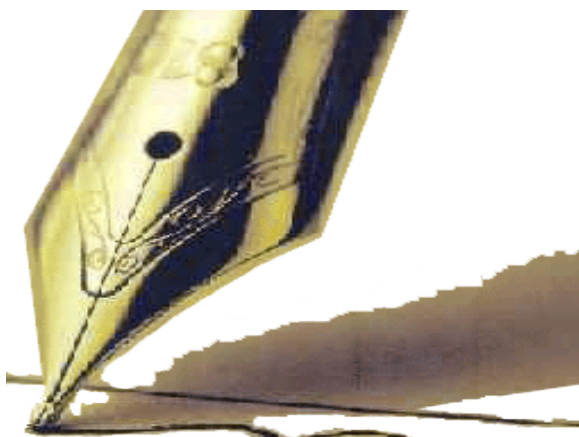
Diagnóstico Judicial

Itziar Peña Barrio  
Graduada Social

## **C. JURISPRUDENCIA**

¿Es nulo el despido de una trabajadora durante el tratamiento de las técnicas de reproducción asistida?

Alicia López Román  
Abogada



## **SENTENCIAS DEL MES**

1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de marzo de 2017. Sustitución del comedor por máquinas expendedoras

2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de septiembre de 2016. Despido nulo pero sin readmisión. Empleados del hogar.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de enero de 2017. Actividades remuneradas durante el crédito horario sindical.

## EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA EN 20 DÍAS POR AÑO DE TRABAJO LA INDEMNIZACIÓN PARA LOS INDEFINIDOS NO FIJOS EN EL SECTOR PÚBLICO

La Sala IV del Tribunal Supremo, en sentencia dictada el pasado día 28 de marzo, estableció que procede indemnizar con una cuantía de 20 días de salario por año trabajado a los trabajadores con contrato indefinido no fijo.

El supuesto enjuiciado trataba el despido de una trabajadora de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (organismo público), que venía prestando sus servicios desde el 1 de abril de 2003, y que por la convocatoria en 2011 de procesos selectivos para cubrir las plazas de dicho organismo con funcionarios, vio extinguido su contrato de trabajo. De este modo, el Alto Tribunal modifica el criterio que venía manteniendo hasta la fecha, en base, fundamentalmente, a cuatro líneas argumentales: 1) La figura del indefinido no fijo: empieza la Sala refiriéndose a este tipo de

trabajador, remarcando que, pese a ser una figura de creación jurisprudencial, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) ya la recoge. De hecho, la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva

que el personal indefinido no sea equiparable al temporal. 2) Razón de ser del indefinido no fijo: Razona la sala que el origen de la figura del personal indefinido no fijo se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en



fijo, pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

3) Diferencia entre el contrato indefinido no fijo y el temporal y fijo. Dicha diferenciación plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto que, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora se le venía reconociendo en base al art. 49-1-c) del Estatuto de los Trabajadores, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta

institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo al temporal, como se ha venido haciendo.

4) Ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo: pese a que el EBEP reconoce la figura del indefinido no fijo, no se ha preocupado de establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales –en este caso, el régimen extintivo-, lo cual “obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 52.1 –b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los

supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

Esta sentencia es una muestra más de la incidencia que la doctrina sentada por el TJUE, en materia de igualdad indemnizatoria, está teniendo en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, tal y como reconoce el TS en la sentencia, no existe precepto legal alguno en nuestro sistema legal que ampare dicha indemnización.

## EL CRÉDITO HORARIO SINDICAL SOLAMENTE SE DISFRUTA DURANTE LOS ONCE MESES DE ACTIVIDAD LABORAL Y NO EN VACACIONES

En los últimos meses, los órganos jurisdiccionales españoles han emitido un número notablemente alto de sentencias relacionadas con los permisos retribuidos, y en especial, en lo que a la laboralidad o naturalidad de los días de disfrute se refiere. Ello está permitiendo que, poco a poco, se pueda ir confeccionando un esquema de la tendencia que mantendrán los tribunales al respecto en un futuro.

El pasado 1 de febrero de 2017, el Tribunal Supremo confirmó su criterio ya acuñado hace dos años (STS 23 de marzo de 2015), el cual declaraba el carácter individual del derecho al crédito horario previsto en el art. 37.3 ET y, además, que el mismo solamente puede ser disfrutado durante los períodos de prestación de servicios y no en períodos vacacionales.

El supuesto del caso enjuiciado surge tras la comunicación, por parte de una empresa a los miembros del comité de empresa y delegados de personal,

indicándoles que, tal y como establece la Sentencia de 23 de marzo de 2015, durante los períodos vacacionales no se genera derecho a crédito horario. Por otra parte, hasta ese momento en la empresa existía una práctica en virtud de la cual los representantes de los trabajadores de la empresa podían ceder mensualmente su crédito horario a otros representantes sindicales durante los doce meses del año, incluyendo, por tanto, los períodos de vacaciones de los citados representantes. Dicha práctica fue removida siguiendo la doctrina del Alto Tribunal.

La sentencia aborda dos figuras jurídico-laborales de gran trascendencia: la naturaleza del crédito horario y el concepto de condición más beneficiosa. Respecto al crédito horario, recuerda la Sala IV que “es un permiso retribuido que, por su propia naturaleza, requiere que sea disfrutado durante el trabajo –salvo supuestos excepcionales en que deba utilizarse



en todo o en parte fuera de la jornada de trabajo o en situaciones de baja de representante por IT que se lo cederá a otro o lo disfrutará en otro momento-. Pero salvo esos casos, el crédito horario está establecido con carácter mensual pero en relación con el periodo de actividad desempeñada, lo que consiguientemente lleva al disfrute del derecho tan solo en los 11 meses de trabajo. La naturaleza jurídica del crédito horario se corresponde con un permiso retribuido. Dicho crédito corresponde a cada uno de los miembros del comité de empresa o delegado de personal [...], quienes pueden disponer de los mismos durante 11 meses al año, ya que es imposible disfrutar de un permiso

retribuido cuando el representante unitario o sindical disfruta de sus vacaciones, al ser imposible disfrutar de un permiso cuando no se está trabajando”.

En cuanto a la condición más beneficiosa, entendía la parte social que existía al haber permitido el empresario, a lo largo del tiempo, que los representantes sindicales cediesen sus créditos horarios durante los doce meses del año, y por tanto, dicho derecho no podía eliminarse de forma unilateral por aquél.

En este punto, el Tribunal Supremo aprovecha para exponer, de forma muy esquemática y clara, la doctrina judicial sobre las condiciones más beneficiosas:

- 1) Para que exista condición más beneficiosa es necesario que ésta sea fruto de la voluntad deliberada de establecerla, bien mediante acuerdo bilateral entre empresario y trabajador, bien mediante decisión unilateral del empresario que es aceptada tácitamente por el trabajador.
- 2) Lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad –o tolerancia- del empresario, por lo que para su acreditación no basta

la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute ya que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador.

3) No basta la repetición o la mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que es necesario que dicha actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o el convenio.

4) Son posibles las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo, otorgadas por el empresario a una pluralidad de trabajadores o a todos ellos, que nacen no sólo de concesiones individuales, sino también de pactos y acuerdos de empresa que no tienen naturaleza de convenio, pero que se destinan a una pluralidad de trabajadores.

5) La condición más beneficiosa se incorpora al nexo contractual de aquellos trabajadores a quienes se concedió y, por ello, la empresa no está



obligada a aplicarlo a otros. Vertiendo lo anterior al caso concreto que nos ocupa, dice el TS que, con independencia de lo discutible que pueda resultar la existencia de condiciones contractuales que no se aplican a una de las partes del contrato, sino a sus representantes legales o sindicales, o de la existencia de condiciones contractuales que no operan en el plano de la relación individual sino en el ámbito colectivo, no basta la mera persistencia en el tiempo para que se genere una condición más beneficiosa, sino que es necesario que exista una voluntad inequívoca de incorporación de la ventaja en el nexo contractual de cada trabajador. Y en el presente supuesto no existe ni el más mínimo indicio que pueda llevar a la conclusión de que el consentimiento empresarial se haya producido ni de forma expresa ni de forma tácita.

En conclusión, con esta sentencia ya son varias las que vienen a remarcar que un permiso retribuido solamente puede ser disfrutado, salvo previsión expresa en contrario, cuando existe obligación de prestar servicios, esto es, en días hábiles y laborables.



## TEMA DEL MES

### DIAGNÓSTICO JUDICIAL

Según la Comisión Europea el 60% de los españoles percibe como mala o muy mala la independencia judicial. Así rezaban recientemente los titulares de la prensa en relación al último Cuadro de Indicadores de la Justicia de la Unión Europea. Preguntados por las razones que les hacen dudar de la independencia del sistema, los ciudadanos apuntan a interferencias o presiones políticas. Sin embargo, no todos son datos negativos, pues nuestro país obtiene la máxima puntuación en materia de comunicación con las partes judiciales, tiene buena valoración la asistencia jurídica gratuita y se reducen los tiempos de respuesta judicial. Además, se recoge en el informe la elevada presencia de mujeres en los tribunales de primera instancia (el 60%), porcentaje que se va reduciendo en segunda instancia (34%) y llega al alto tribunal, Tribunal Supremo, con el

10% de presencia femenina. El diagnóstico general que hace la Unión Europea respecto de las justicias europeas demuestra una debilidad de la independencia y la imparcialidad judicial, politización de la justicia y críticas públicas desde el ejecutivo y el legislativo. Así las cosas, se ha puesto en marcha el Plan de Acción para fortalecer la independencia y la imparcialidad judicial desde el Consejo de Europa, que tendrá una duración de 5 años. Mediante este plan se pretende identificar los modos en el que el Consejo de Europa guiará y apoyará a sus estados miembros en la implementación de medidas concretas necesarias para fortalecer la independencia e imparcialidad. El Plan de Acción está pensando para países cuyas administraciones de justicia están inmersos en una crisis grave de imparcialidad, como Bulgaria o Hungría, si bien, España también presen-

ta alguno de estos síntomas. Resulta interesante aprovechar la implantación del Plan para realizar un diagnóstico a la justicia española: España se encuentra a la cola europea en materia de inversión en la justicia y de número de jueces. En 2010 se invertían 90€ por habitante en Justicia y a partir del año 2012 se ha reducido hasta los 25€ por habitante. Sólo Rumania, Bulgaria, Lituania, Letonia, Estonia e Irlanda invierten menos que nuestro Estado. También el número de jueces se ve reducido, siendo 11 por cada 100.000 habitantes, cuando la media de la Unión es de 19 por 100.000. Eso sí, el salario bruto de un Juez de primera instancia supera la media europea, pues se sitúa en 47.494€ anuales frente a los 45.578€ de la Unión Europea. Diferencia que se acrecenta en los salarios de los Magistrados del Tribunal Supremo, que perciben una retribu-



ción de 107.565€ frente a los 88.218€ medios de la Unión. Volviendo a los indicadores de imparcialidad, a nivel práctico, en nuestras jurisdicciones, no cabe en modo tan evidente la mano de la política; si bien solemos encontrar pronunciamientos un tanto sorprendentes y, en ocasiones, subjetivos. Esto es debido a la ausencia de legislación clara sobre las relaciones laborales, que hace que los jueces tengan que interpretar la gravedad e idoneidad de las sanciones impuestas. Es habitual encontrarnos con despidos disciplinarios que al Juez de turno no le parecen hechos suficientemente duros para calificarlos con la máxima sanción. Así por ejemplo, el TSJ de Cataluña revocó una sentencia que consideraba procedente el despido de un trabajador

por llamar “hijo de puta” a su jefe. Para el Magistrado era una simple degradación social del lenguaje que no revestía de la suficiente gravedad. También la Audiencia Provincial de Madrid revocó en 2012 una sentencia que condenaba a un farmacéutico por acoso sexual contra dos de sus empleadas. La sentencia decía que “dar palmadas en las nalgas, dar un beso en la oreja, abrazar, dar un beso en los labios, acariciar la pierna o el pelo no implican la proposición de ninguna relación sexual, sino que suponen la realización de actos de contenido sexual”. Así, la Audiencia valoró que no se trataba de acoso, sino de abuso, pero que como el farmacéutico estaba enjuiciado por acoso, debía absolverlo y eximirle de pagar la indemnización pertinente.

O el TSJ de Andalucía que ratificó la decisión del Juzgado de lo Social 4 de Granada entendiendo improcedente el despido de un trabajador por lanzar patadas de kárate a un superior, llamarle “cobarde” y “sinvergüenza” y empujarle tirándole al suelo; pues entiende que el trabajador se comportó así cuando intuía que iba a ser despedido, por lo que atenúa la gravedad de lo ocurrido. Vistas estas controvertidas sentencias salta a la vista la imposibilidad de dictaminar qué se puede hacer o decir en el trabajo y, más importante, qué justificaría claramente un despido procedente. Los límites de la desobediencia, del acoso o, incluso, de la agresión son muy difusos y subjetivos. Al fin y al cabo, se trata de personas juzgando a personas. El tiempo dirá si el próximo Plan de Acción de la Unión Europea contará con la implantación de robots en los Juzgados con el fin de dotar de esa parcialidad y objetividad que, parece para un amplio margen de la población, la Justicia actual carece.

Itziar Peña Barrio  
Graduada Social

## COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

### ¿ES NULO EL DESPIDO DE UNA TRABAJADORA DURANTE EL TRATAMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

Es ampliamente conocido el hecho de que nuestro ordenamiento prevé determinadas situaciones protectoras, en las que todo despido, salvo que se acredite la causa por la que se llevó a cabo, deviene nulo. Estamos hablando, por ejemplo, de los despidos durante el disfrute de los permisos de maternidad, paternidad o durante el periodo de gestación.

En efecto, el legislador ha tratado de crear un marco de protección de aquellos supuestos en los que el trabajador se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, previendo para éstos casos la consecuencia de la conocida como “nulidad automática” de todo despido.

Si bien, no es menos cierto que la sociedad avanza a un ritmo mucho más rápido que el Derecho, encontrándonos así numerosos supuestos en el orden laboral, no regulados –aun– por el legislador. Por ejemplo, ¿prevé el legislador algún tipo de protección para

aquellas trabajadoras que, durante su vida laboral, se someten a un tratamiento de reproducción asistida (TRA)? Pues bien, lo cierto es que a día de hoy no existe regulación específica al respecto.

En relación al tema planteado, las TRA, lo cierto es que éste no es un asunto pacífico, pues es fácilmente encontrar numerosas teorías en cuanto a cuál debe ser el nivel de protección cuando, ni siquiera, se ha producido el hecho causante propio del embarazo, cual es la propia gestación. Si bien, lo cierto es que en los

últimos años nuestros Tribunales han tratado de suplir esa ausencia de regulación del legislador, a través de las propias resoluciones judiciales. Pues bien, pese a que el Tribunal de la Comunidad Europea ya se pronunció hace unos años al respecto, en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 26-2-2008, nº C-506/2006, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo no lo había hecho hasta hace escasos días.

Efectivamente, el pasado 4 de abril de 2017, el Alto Tribunal declaró la nulidad del





despido objetivo, basado en causas económicas, de una trabajadora que, tras estar sometida a un tratamiento de fertilización, es despedida antes de la implantación del embrión, y por tanto, antes de quedarse, incluso, en estado de gestación. Tal y como previamente se adelantaba, lo cierto es que en tal momento, la trabajadora no estaba “técnicamente embarazada”, si bien, el Tribunal Supremo considera que en estos casos es obvia la vulneración del derecho a la igualdad.

Debe apuntarse que, cuando se hace alusión por parte de un trabajador de una vulneración de derechos fundamentales por una práctica empresarial, es éste quien tiene la obligación de aportar mínimos indicios que apunten a tal situación vulneradora de los derechos del trabajador, recayendo entonces la carga de la prueba sobre el empresario.

Pues bien, en el caso analizado en la Sentencia aludida, el Tribunal entiende que la empresa no aportó una justificación “objetiva y razonable”, “suficientemente probada” de la medida extintiva ni tampoco su proporcionalidad, así pues, y pese a que tanto

en primera como en segunda instancia, se había declarado la improcedencia del despido, dado el allanamiento realizado por la propia empresa en sede judicial reconociéndola expresamente, el Alto Tribunal estima que dado que la empresa en ningún caso acreditó que el cese no fuese ajeno a la vulneración alegada por la trabajadora, no pueden aplicarse las consecuencias propias de una situación “ordinaria”, y por tanto, no cabe la aplicación de la improcedencia al supuesto analizado.

Así, y precisamente por ese carácter ilícito, por no tener justa causa, ni resultar proporcionado a las circunstancias concurrentes en el momento del despido, se entiende que dicho despido no cumple con la exigencia legal que excluya o pueda excluir el móvil discriminatorio ante los numerosos indicios presentados por la trabajadora, en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad denunciado.

De esta forma, se observa cómo, los Tribunales llegan allí donde el legislador no alcanza, declarando la nulidad de un despido por entender que la causa real del mismo fue la condición de mujer de la trabajadora, y su situación

expectante y previsible de maternidad, pese a que ni siquiera el embarazo existía.

De este modo, se condena a la empresa a la readmisión de la trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia del Alto Tribunal.

Vemos así como, el Derecho, a través de sus Tribunales, consigue cubrir y adaptar nuevas situaciones, dando respuesta a soluciones jurídicas motivadas por los avances médicos, tecnológicos y sociales, pese a la ausencia de regulación expresa del legislador.

Es por ello, por lo que no sólo habrá de estarse a las causas tasadas en el Estatuto de los Trabajadores para poder entender la nulidad de un despido, sino que, más allá de los mismos, habrá de analizarse si en supuestos como el aquí narrado, existen suficientes elementos indiciarios que permitan a los Tribunales realizar tal declaración, máxime cuando no existe posibilidad alguna de probar los hechos que se imputan en toda decisión extintiva.

Alicia López Román

Abogada

## SENTENCIAS DEL MES

### SENTENCIA DEL TSJ DEL PAÍS VASCO, DE 7 DE MARZO DE 2017

#### ¿SE PUEDE SUSTITUIR EL SERVICIO DE COMEDOR DE UN CENTRO DE TRABAJO POR MÁQUINAS EXPENDEDORAS?

El TSJ del País Vasco analiza la posibilidad de sustituir, por parte de la empresa, el servicio de comedor de un centro de trabajo que emplea a 89 trabajadores por máquinas expendedoras de comida rápida, todo ello relacionado con la obligación del empresario de prestar servicio de comedor prevista en el artículo 3 del antiguo Decreto de 8 de junio de 1938.

De dichos 89 empleados, 58 prestan sus servicios en el centro de trabajo, el cual se encuentra en una zona aislada donde el local más próximo para comer se encuentra en un centro comercial situado a 10 minutos a pie. Así las cosas, la empresa decidió eliminar el servicio de comedor para poner, en su lugar, varias máquinas de “vending”.

El Tribunal Superior de Justicia, ante el recurso interpuesto por el comité de empresa tras ver desestimada su demanda ante el Juzgado de lo Social, estimó sus pretensiones por considerar que la empresa no cumplía con su obligación, vigente y exigible, de prestar el servicio de comedor.

El TSJ, en primer lugar, se centra en analizar la validez del Decreto de 1938, resolviendo que a pesar de la antigüedad de la norma, resulta perfectamente válida al no haber sido derogada expresa o tácitamente por otra posterior.

En segundo lugar, entiende que la obligación prevista en la norma debe ir adaptándose a la realidad social de cada momento, en virtud de los criterios interpretativos establecidos en el artículo 3.1. del Código Civil, dado que no existía la misma forma y calidad de vida en aquel entonces que ahora.

Así las cosas, realizando una interpretación acorde con la actual realidad social, resuelve el TSJ que podrían existir fórmulas alternativas a la apertura de un comedor en el propio centro de trabajo, ahora bien, no toda alternativa sería válida, y en concreto, no podría en ningún caso sustituirse dicho servicio por meras máquinas expendedoras de comida preparada.

En efecto, el servicio de comedor reporta a los trabajadores enormes beneficios, en cuanto

que les proporciona herramientas para llevar un estilo de vida saludable, dado que reduce el estrés que supone ir al domicilio a comer, reduce la duración de la pausa intermedia y puede adelantar la hora de salida del trabajo, y permite disfrutar de una dieta sana. Por ello, cualquier alternativa al comedor debería, como mínimo, cumplir con dichas finalidades.

En esos términos, el TSJ termina por interpretar que el servicio de máquinas expendedoras no permite cumplir con los deberes impuestos por la citada norma, no solo porque el coste lo asume el trabajador, sino también porque el consumo diario de la clase de productos distribuidos en máquinas de “vending” es frontalmente contrario a una dieta sana, equilibrada y variada, y supone la exposición a riesgos derivados del deterioro de los productos y de los problemas que ese tipo de dieta puede generar.

### **SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2016**

#### **¿LA NULIDAD DEL DESPIDO DE UN EMPLEADO/A DEL HOGAR EXIGE SU READMISIÓN?**

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid entiende que, pese a que el despido sin justa causa de una empleada del hogar en situación de embarazo debe calificarse necesariamente como nulo, los efectos jurídicos del mismo deben ser atemperado o modalizados en atención al derecho, también fundamental a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar. Por tanto, la calificación de nulidad es únicamente a efectos declarativos, dotando, sin embargo, a esta declaración de las consecuencias propias del despido improcedente contemplado en el artículo 56.1 ET, y no a las previstas en la específica regulación reglamentaria.

En el supuesto que nos ocupa, la trabajadora comunicó a su empleador su situación de embarazo, y 5 días después de dicha comunicación, esta fue despedida mediante comunicación escrita. Debemos recordar, que la relación laboral de los empleados de hogar se califica de carácter especial, y por tanto, tiene una regulación propia.

Frente a ello, la trabajadora presentó demanda en materia de despido que fue desestimada en instancia, presentando posteriormente recurso de suplicación ante el TSJ. Entrando a resolver sobre el fondo del asunto, dice el tribunal que “la cuestión que se nos plantea no es baladí, y exige un canon reforzado de motivación por los valores en juego. [...] Debido a su estado de embarazo –de la trabajadora–, la decisión extintiva en cuestión ha de declararse necesariamente nula, como, sin duda, sucedería si afectara a quien mantiene una relación laboral ordinaria o común. Estamos pues, ante dos derechos fundamentales en conflicto: de un lado, el atinente a la proscripción de toda suerte de trato discriminatorio, más aún cuando

su causa proviene de hecho tan natural como el embarazo de la mujer; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar, que, por el motivo que fuere, vieron rota en un determinado momento la relación de confianza que mantenían con quien todos los días laborables acude a su domicilio para la prestación de tareas de índole doméstica”.

Dicho conflicto de derechos fundamentales lo resuelve el TSJ a favor del derecho a la intimidad familiar, precisamente “por el sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en ámbito tan privado e íntimo la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente, obligación que, ni siquiera judicialmente, se nos antoja quepa imponer a nadie”.

Por tanto, dada la primacía del derecho a la intimidad sobre el de no discriminación, debe calificarse el despido como nulo, pero dotándolo de los efectos jurídicos de la improcedencia, es decir, la extinción del vínculo laboral con el abono de la indemnización correspondiente.

### **SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID, DE 16 DE ENERO DE 2017**

#### **¿SE PUEDE UTILIZAR EL CRÉDITO HORARIO SINDICAL PARA REALIZAR ACTIVIDADES REMUNERADAS?**

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en esta sentencia, declara procedente el despido de un miembro del Comité de Empresa por considerar que hacer uso del crédito horario sindical para realizar una actividad remunerada -en este caso impartir clase en un centro de educación- supone un quebranto manifiesto de la buena fe contractual, y en consecuencia susceptible de ser sancionado con el despido disciplinario.

El miembro del Comité de Empresa despedido fue designado profesor interino en un instituto para impartir clases en un horario que se solapaba, por un lado, con su crédito de horas sindicales, y por otro, con su propio horario de trabajo. Para poder asistir a dichas clases, solicitó durante un prolongado período de tiempo, y de forma reiterada y sistemática, crédito de horas sindicales, los cuales únicamente pueden ser utilizados para ejercer labores representativas.

Debemos tener en cuenta que los tribunales, desde bien temprano, dejaron ver la dificultad de demostrar cuando un representante de los trabajadores estaba haciendo un uso indebido de su crédito horario, otorgando a prácticamente toda actividad realizada por ellos presunción de validez, y solamente en supuestos muy excepcionales y suficientemente acreditados, podía sancionárseles por un uso indebido del mismo.

Para poder fundamentar el despido, la empresa aportó como prueba, principalmente, los

registros de entrada y salida de su centro de trabajo, los informes de detectives privados que acreditaban la hora de entrada y salida en el centro de enseñanza -que evidentemente se correspondían con los créditos horarios solicitado-, y una certificación de la Consejería de Enseñanza de Madrid donde se acreditaba su nombramiento para un curso de formación en mecanizado y mantenimiento de máquinas.

Pues bien tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ consideraron suficientes los medios de prueba aportados para calificar el despido como procedente, recordando la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la facultad disciplinaria del empresario debe interpretarse de modo restrictivo, y “sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 58.e) ET a los representantes de los trabajadores sea manifiesto, y habitual, es decir, con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados”.

En conclusión, el TSJ concluye que, efectivamente, el trabajador, de forma reiterada, habitual y sostenida en el tiempo, solapaba las horas sindicales con sus tareas como profesor, lo cual supone un incumplimiento de suficiente gravedad como para justificar el despido disciplinario representante de los trabajadores.



NAVARRO & ASOCIADOS ESTÁ FORMADA POR MÁS DE 30 PROFESIONALES QUE CUBREN DISTINTAS ÁREAS ECONÓMICAS Y LEGALES DE EMPRESAS DE TODOS LOS SECTORES.

Las oficinas del Bufete Navarro & Asociados están localizadas en:

VALENCIA

Gran Vía Marqués del Turia 13  
46005 VALENCIA  
Telf. 963 517 119  
Fax. 963 528 729  
www.bnaya.es

MADRID

Castelló, 82, 6º Izda  
28006 MADRID  
Telf. 915 599 112  
Fax. 915 417 084  
www.bnaya.es

BARCELONA

Balmes 176, Entlo. 1a  
08006 BARCELONA  
Telf. 931 621 448  
Fax. 931 621 446  
www.bnaya.es

BILBAO

Henao, 11, 1ª Planta  
48009 BILBAO  
Telf. 944 243 426  
Fax. 944 243 552  
www.bnaya.es

Coordinador de la Newsletter

Daniel Miñana Torres, Navarro&Asociados  
info@bnaya.es

Dirección de la Newsletter

Bufete Navarro&Asociados Abogados  
www.bnaya.es



**SI NO DESEA RECIBIR LA PRESENTE PUBLICACIÓN MENSUAL, ROGAMOS LO COMUNIQUE A LA SIGUIENTE DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO: [info@bnaya.es](mailto:info@bnaya.es)**

**ASIMISMO SI EXISTE ALGUIEN EN SU EMPRESA QUE NO LA RECIBE, Y DESEA QUE SE LA ENVIEMOS, PUEDE COMUNICARLO IGUALMENTE A ESA MISMA DIRECCIÓN DE E-MAIL.**