

# REVISTA GALLEGA DE DIREITO SOCIAL

COMENTARIOS ÁS SENTENCIAS

## **ACUMULACIÓN DE ACCIÓNS E LEXITIMACIÓN ACTIVA EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS.**

**(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 28 de xaneiro de 2002)**

1. A Asociación Profesional de Empresarios de Xogueterías e Tendas Multiprezo de Galicia demanda, perante a Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que «se declare que o Convenio Colectivo de Comercio de Materiais de Construcción e do Metal non é aplicable ás empresas do sector de xogueterías e tendas multiprezo, por lesionar gravemente o interese de terceiros» (FD 1º.2), denunciando para elo o artigo 1 do citado convenio colectivo, do cal se publicara o texto no Boletín Oficial da Provincia de A Coruña de 4 de xaneiro de 2001.

Actuando en instancia –aínda sendo o convenio colectivo de ámbito provincial, os seus efectos esténdense alén da circunscripción dun Xulgado do Social-, a Sala galega tivo que pronunciarse sobre tres asuntos –dous procesuais e un substantivo-, que son os relativos: 1) á excepción de acumulación indebida das accións de impugnación de convenio colectivo e de conflito colectivo; 2) á excepción de falla de lexitimación activa; e 3) á denuncia do citado artigo 1 do convenio colectivo en cuestión.

2. En canto ó asunto da excepción de acumulación indebida das accións de impugnación de convenio colectivo e de conflito colectivo –sobre a base da efectiva inacumulabilidade das mesmas, con cita de reiterada xurisprudencia da Sala do Social do Tribunal Supremo acerca do tema-, a sentenza admite que a asociación empresarial demandante efectuou actuacións procesuais que suscitan «dúbdidas razoables en canto á

acción exercitada» (FD 1º.2), pois preséntase unha papeleta de conciliación en materia de conflito colectivo –innecesaria, como se sabe, nos procesos de impugnación de convenio colectivo–, e ademais, solicítase no suplico da demanda que se declare que o convenio colectivo en cuestión «non é aplicable» a certo sector de empresas, «por lesionar gravemente o interese de terceiros». Dito con palabras da propia sentenza, que «se impugna o convenio colectivo... [resulta] indubidable, pero, e aquí está o problema, aparenta acumularse a esa impugnación unha acción de conflito colectivo tendente á interpretación do ámbito de aplicación de dito convenio» (FD 1º.2).

A sentenza, sen embargo, desestima a excepción invocada. Tratando de poder chegar a pronunciarse sobre o fondo do asunto, para a Sala do Social resulta satisfactoria a aclaración efectuada polo demandante no acto do xuízo –«ó manifestar que ... “hai unha impugnación de convenio”» (FD 1º.3)–, lembrando, «a estes efectos, como a xurisprudencia considera a existencia dunha impugnación de convenio colectivo cando, utilizando o erróneo viero do conflito colectivo, o solicitado “non é unha mera interpretación harmonizadora ou de axuste”, senón, directa ou indirectamente, unha auténtica pretensión de nulidade» (FD 1º.3).

3. En canto á excepción de falla de lexitimación activa, alégase pola parte demandada que a asociación profesional demandante non é un «terceiro» ós efectos de dita lexitimación –suposto que se impugna do convenio colectivo, segundo o suplico da demanda, «por lesionar gravemente o interese de terceiros», isto é, por razón da súa lesividade–, habida conta de que a asociación demandante está formada por empresarios si incluídos dentro do ámbito de aplicación do convenio colectivo en cuestión.

A Sala admite que a asociación demandante –constituída precisamente co obxecto de impugnar este concreto convenio colectivo– «non ostenta a calidade de terceiro ós efectos lexitimadores desa impugnación [por lesividade]» (FD 2º.2), pero, a pesares diso, desestima esta segunda excepción. E é que –tentando do novo poder chegar a pronunciarse sobre o fondo do asunto–, considera que a impugnación do convenio colectivo fundaméntase non só en razóns de lesividade, senón tamén de ilegalidade –suposta, na súa opinión, na existencia de «vicios de legalidade tacitamente denunciados» (FD 3º.1)–, concluindo que por este outro viero a asociación demandante si se atopa perfectamente lexitimada.

4. Superados estes dous primeiros obstáculos procesuais –a favor da posición actora–, a Sala galega puido por fin chegar a pronunciarse sobre o fondo do asunto, isto é, sobre a determinación do ámbito do convenio colectivo en cuestión, pois tratábase de resolver sobre a licitude do ámbito fixado polas partes negociadoras no seu artigo 1. E con este asunto de fondo, o punto de partido constitúeo con toda claridade –segundo a propia sentenza– «a liberdade das partes ..., sempre dentro dos límites da ...[súa] lexitimación» (FD 4º.3); razón pola cal «a denuncia de ilegalidade debe de ser rexeitada, xa que, en ningún momento, a parte demandante acreditou a falla de lexitimación das asociacións empresariais demandadas no ámbito negocial do sector» (FD 4º.4).

5. Visto o tenor da demanda interposta, quizais a Sala puido ter estimado a excepción da indebida acumulación de accións –lémbrese que a propia sentenza refírese á existencia de «dúbdidas razoables en canto á acción exercitada»–, ou a excepción da falla de lexitimación activa –tamén se refire ela mesma á «súplica da demanda, dentro duns termos non sempre precisos» (FD 3º.1). Pero o certo, ó rexeitar ámbalas dúas excepcións, é que a súa postura non só encaixa modelicamente «coa finalidade de non vulnera-lo

dereito á tutela xudicial efectiva establecido no artigo 24 da nosa Constitución» (FD 3º.1), senón que, mesmo reforza a posición do demandado –que gañou finalmente o preito-, ó limita-los asuntos obxecto de debate nun eventual recurso ulterior.

ALBERTO ARUFE VARELA

(Catedrático E.U. de Dereito do Traballo e Seguridade Social.

Universidade de A Coruña)

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE E NON NULO. SUCESIÓN DE EMPRESA INEXISTENTE. EFECTOS DE SENTENCIA DE CONFLICTO COLECTIVO (A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 31 de xaneiro de 2002)**

Confírmase a sentenza de instancia e a improcedencia do despedimento sufrido por varios traballadores co gallo do cambio de contratista. Como se declara a inexistencia de sucesión de empresa, se absolve ós novos contratistas.

NOTA: Esta sentenza pronúnciase verbo de certas cuestións que se plantexaran nos recursos de suplicación interpostos polos demandantes dunha banda e pola única entidade empresarial condenada da outra. A controversia referíase, en primeiro termo, aos salarios que serviron de basamento para o cálculo das indemnizacións derivadas dos despedimentos improcedentes. Cuestión na que a Sala non entra de cheo, senón que simplemente se refire aos efectos de cousa xulgada material e de “prexudicialidade cuasi-normativa” dunha previa sentenza dictada en proceso de conflito colectivo e que xa decidira verbo do convenio colectivo aplicable aos traballadores afectados pola presente controversia.

En segundo termo, debateuse sobre a existencia dunha sucesión de empresa argumentada polos traballadores recorrentes, ao obxecto de obter a condena solidaria da nova contratista. Porén, a Sala desestima esta pretensión, logo de reiterar a xurisprudencia existente ao efecto e a propia doutrina do Tribunal galego. Como queira que o convenio colectivo de aplicación non contiña unha cláusula subrogatoria, nin se establecera a obriga da nova contratista de asumir a condición de empregadora dos traballadores da antiga polo prego de condicións do concurso, e xa que non houbo transferencia de elementos patrimoniais nin de materias primas entre as dúas contratistas, a situación fáctica non merecía outra cualificación que a sucesión na mesma actividade de dúas empresas, mais non a de sucesión de empresa aos efectos do art. 44 do ET.

Por último, a sentenza da resposta á alegación de que os cesamentos se produciran por represalia polo feito anterior da participación dos interesados nunha folga. Outra vez a Sala desestima o pedimento de que os despedimentos se cualificasen como nulos, polo sinxelo argumento de que no relato fáctico dos feitos declarados probados non se contiña ningún feito que merecera a consideración de indicio aos efectos do desprazamento da carga probatoria.

JAIME CABEZA PEREIRO

(Catedrático de Dereito do Traballo Universidade de Vigo)

**EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. TRANSPORTISTA DE VEHÍCULO QUE NON REQUIERE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL****(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 18 de febreiro de 2002)**

Confírmase a sentenza de instancia e declárase a existencia de relación laboral entre unha transportista con vehículo propio e unha empresa. Competencia de xurisdicción. Despedimento improcedente: contía da indemnización. Relación laboral especial de persoas que interveñen en operacións mercantís.

NOTA: Argumenta esta sentenza sobre o vínculo existente entre unha empresa e unha persoa que lle prestaba servizo de transporte en exclusividade e cun vehículo do que era propietaria. Antes de entrar no fondo do asunto, o Tribunal lembra dúas cuestións previas verbo dos recursos nos que se coñece da excepción de incompetencia de xurisdicción. El primeiro termo, que non é imprescindible que o recorrente a prantexe expresamente, porque a Sala a pode coñecer de oficio, xa que a competencia obxectiva é unha cuestión de orde público. E, en segundo, e consecuentemente co anterior, que o Tribunal non se ten que atinxir aos feitos declarados probados polo maxistrado-xuíz de instancia. Antes ben, rexe o principio de libre valoración do material probatorio para que os feitos relevantes sexan axuizados na súa meirande extensión.

Xa en referencia ao fondo do asunto, a empresa, dedicada á actividade de fabricación e venda de produtos de repostería industrial, concertara unha relación denominada "mercantil de transporte" coa parte demandante e recorrida neste procedemento. A interesada figuraba afiliada no réxime de Seguridade Social de traballadores autónomos e de alta na licenza fiscal. Era propietaria dun vehículo con peso máximo autorizado de 1995 kg. e sufragaba os seus gastos de mantemento. Á empresa correspondíalle o establecemento das rutas, horarios e zonas de distribución que tiña que realizar transportista. Logo de varias incidencias, en sé de conciliación administrativa a empresa recoñeceu a existencia dunha relación laboral especial ó abeiro do RD 1438/1985, do 1 de agosto. Posteriormente, e logo dunha baixa de traballadora e de cetos negociacións entre ela e a empresa, esta non lle asigna ruta nin actividade laboral, o que produce a interposición de demanda de despido por parte da traballadora.

Nesta resultancia, o Tribunal vai confirmar a sentenza de instancia, que declarara a improcedencia do despedimento. Para iso, e aos efectos do recoñecemento da existencia de contrato de traballo, argumenta e repasa a xurisprudencia ordinaria sobre o art. 1.3 g) do ET, en relación coa Lei e o Regulamento de Ordenación dos Transportes Terrestres. E, xa que o vehículo do que era titular a demandante e recorrida non excedía das dúas toneladas de peso máximo, non requiría autorización administrativa para o transporte de mercancías, o que situaba a relación xurídica á marxe do dito precepto estatutario. Ao que se podía engadir certas referencias, que a Sala omite por innecesarias, sobre o feito de que a transportista non realizaba a prestación nun transporte comercial de servizo público, senón como actividade accesoria á principal de fabricación e venda de produtos de repostería industrial.

Porén, a consideración como laboral do vínculo xurídico existente requiría algo máis que desbotar a aplicabilidade do art. 1.3 g) do ET, para abondar na idea da existencia ou falle de alleidade no traballo desenvolvido pola transportista. Ó respecto o Tribunal elude máis reflexións á vista de que as partes recoñeceran a existencia de relación laboral especial de representante de comercio nunha anterior conciliación administrativa.

O que, á vista de todo o argumentado anteriormente, fai que a Sala conclúa na súa propia competencia para axuizar se a extinción do contrato produciuse segundo dereito.

E, verbo da improcedencia do despedimento, a empresa non fai senón combater, con carácter subsidiario da argumentada excepción de incompetencia, a contía da indemnización. A defensa da empresa baseábase no feito de que a traballadora pagaba os gastos de mantemento e consumo do vehículo, de tal xeito que das contías que merecían a consideración de salario cumpría descontar por ditos conceptos. Sen embargo, a aplicación do art. 10 do RD 1.438/1985 exclúe tal posibilidade, xa que o salario mensual haino que calcular polo prometido dos ingresos obtidos.

JAIME CABEZA PEREIRO

(Catedrático de Dereito do Traballo Universidade de Vigo)

## **COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL ESPAÑOLA E RESPONSABILIDADE SOLIDARIA NOS GRUPOS DE EMPRESAS**

**(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 19 de febreiro de 2002)**

A sentenza obxecto deste breve comentario aborda o tema da competencia da xurisdición social española, a raíz do despedimento dun traballador por parte dunha das sociedades de certo coñecido grupo empresarial español; e, en estreita relación con isto, o da eventual extensión de responsabilidades ás demais empresas do mesmo grupo por causa da extinción do contrato de traballo. En concreto, do relato histórico despréndese: 1) que se trataba dun traballador do mar que tiña subscrito un contrato de embarco en Vigo con “A, S.A.”, empresa mista constituída en Buenos Aires, e inscrita no Rexistro de Empresas Pesqueiras en Países Terceiros da Secretaría Xeral de Pesca Marítima; 2) que algo máis de tres anos despois foille notificado o seu despedimento “por motivos de forza maior xerados polas restriccións impostas pola Disposición 4/99 da Subsecretaría de Pesca da República Arxentina” (AH 2º), que limitaba o embarco de oficiais estranxeiros; 3) que a empresa contratante en cuestión estaba participada, asimesmo, por “P., S.A.”, “conformando ámbalas dúas, xunto con outras múltiples mercantís, un grupo de empresas” (*ibidem*); 4) que no momento de producirse o despedimento o traballador atopábase en situación de Incapacidade Temporal, “encargándose da xestión de dita prestación a empresa “P., S.A.”” (*ibidem*); e 5) que “nos arquivos informáticos da Seguridade Social, constan ámbalas dúas empresas co mesmo domicilio” (*ibidem*).

Tentada, sen éxito, a conciliación perante o SMAC, o traballador formulou demanda contra as mencionadas empresas do grupo solicitando a nulidade do despido. E como queira que a resolución de instancia acolleu só parcialmente a pretensión do actor –ó declarar a improcedencia do despedimento efectuado por “A., S.A.”, pero absolvendo á empresa “P., S.A.” das pretensións na súa contra deducidas-, interpúxose recurso de duplicación, tanto polo traballador, como pola empresa condenada.

Pois ben, a Sala comeza resolvendo o interposta pola patronal demandada –por tratarse dunha cuestión tipicamente procesal-, que, en substancia, interesa “que se declare a incompetencia dos Tribunais Españóis para a resolución do presente litixio” (FD 2º), en tanto unha das cláusulas contidas no contrato de embarco dispoñía, literalmente, que

dito “contrato réxese pola lexislación da República Arxentina e, polo tanto, calquera cuestión sexa ou non litixiosa, está suxeita ás súas leis”. Sen embargo, e como non podía ser doutra maneira –tendo en conta que os nosos Tribunais laborais viñeron defendendo tenazmente a súa propia competencia para coñecer este tipo de asuntos [Cfr. Carril Vázquez, X.M., *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Cívitas (Madrid, 1999), páxs. 214-221]-, a Sala determina a nulidade desta cláusula de sumisión expresa das partes ós Tribunais estranxeiros e, en consecuencia, a desestimación das pretensións aducidas pola parte demandada. En efecto, é xurisprudencia reiterada que “unha cousa é a determinación... do conxunto de normas substantivas aplicables ós contratos de traballo nos que se palica un elemento de estranxería..., e outra distinta... a determinación dos Órganos Xurisdiccionais que teñan que resolve-los litixios derivados do cumprimento ou execución dos contratos de traballo” (ibidem, citando SSTs de 17 de xullo, 29 de setembro e 20 de novembro 1998). Pero, en calquera caso, o feito de que o actor sexa un traballador galego, que subscribiu precisamente un contrato de embarco en Vigo, deterina que o suposta enxuzado no presente litixio sexa perfectamente “incardinable no ámbito do art. 25.1 da Lei Orgánica do Poder Xudicial” (ibidem), precepto en virtude do cal establécense os criterios –personais, territoriais e de defensa do traballador español no suposta específico do contrato de embarco- que determinan a competencia da orde social da xurisdicción en materia de dereitos en obrigas derivados do contrato de traballo.

Resolto en sentido negativo o recurso interposto pola empresa contratante, a Sala entra a resolver acerca das pretensións contidas no formulado pola parte actora, que, insistindo na súa solicitude inicial –declaración da nulidade do despedimento-, circunscríbense á modificación dos feitos probados (FFD 3º, 4º, 5º e 6º) e á condena solidaria de ámbalas dúas empresas condenadas. E a idéntica solución desestimatoria chega a Sala. En primeiro lugar, porque a modificación de feitos probados en suplicación devén imposible, salvo que se poña “de manifesto un erro inequívoco e evidente do xulgador” (FD 3º), algo que non se aprecia no presente suposto, e que, aínda no caso de producirse, tampouco lexitimaría a nulidade do despedimento ex art. 124 LPL, xa que dito precepto “contempla unha situación relativa á extinción colectiva de contratos de traballo... o que conforma unha situación asaz diferente á do presente caso” (FD 7º).

Pero sobre todo porque, se ben queda acreditada “a existencia dun grupo empresarial, non concurren as circunstancias que xustifiquen a condena solidaria de ámbalas dúas empresas codemandadas” (FD 8º). E é que, cando se trata de determina-la corresponsabilidade de dúas ou máis sociedades do mesmo grupo de empresas –polas obrigas contraídas por unha delas cos seus propios traballadores-, o verdadeiramente relevante non é a constatación da existencia de grupo a efectos mercantís, senón que haberán de concurrir certos indicios reveladores dunha unidade de cadros de persoal, caixa e dirección- que evidencien, ademais, a existencia de grupo de empresas dende un punto de vista laboral [sobre o tema, vid. Arufe Varela, A.: *Las condiciones de trabajo y empleo en el contenido de los convenios colectivos de grupo de empresas*, en Martínez Girón, J. (coord.), *La negociación colectiva en los grupos de empresas: Procedimientos de negociación y experiencias negociales*, MTAS (Madrid, 2003), páxs. 69-101]. No caso de autos, é certo que ámbalas dúas empresas formaban parte do mesmo grupo, que constaban do mesmo domicilio nos arquivos da Seguridade Social, e incluso, que aparentemente existía unidade na dirección das mesmas, pero, seguindo fielmente a doutrina elaborada pola Sala do Social TS –verdadeira artífice da noción de grupo de empresas a efectos laborais-, nin siquiera neste caso “ a dirección unitaria de varias entidades empresariais... é suficien-

te para estender a todas elas a responsabilidade” (*ibídem*), senón que tería feito falla acreditar “un plus, un elemento adicional” que evidencie a responsabilidade de “P., S.A.”, como sería, por exemplo, “o funcionamento unitario das organizacións de traballo”, “a prestación de traballo común, simultánea ou sucesiva”, en favor das dúas empresas do grupo ou, tamén, que se utilizase “abusivamente a personalidade xurídica de cada unha delas en perxuizo dos traballadores” (*ibídem*).

LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR

(Área de Dereito do Traballo e da Seguridade Social.

Universidade da Coruña)

**SOBRE AS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DA NATUREZA LABORAL DOS  
SERVICIOS PRESTADOS POR COLABORADORES DE RADIO, TELEVISIÓN E PRENSA  
(A propósito das STSX de Galicia, Sala do Social, de 26 de febreiro e 13 de marzo de 2002)**

De sobra é coñecido que a denominación que as partes dean ó contrato que celebran non determina a súa natureza xurídica, a cal debe fixarse atendendo ó contido do propio contrato, que prevalece sobre o *nomen iuris* atribuído por aquelas e, polo tanto, sobre o posible erro no que puideran ter incorrido ó cualifica-lo vínculo. A apuntada operación require reparar nas circunstancias de cada caso e, en concreto, nos dereitos e obrigas estipulados no contrato concertado, pero tamén no desenvolvemento real deste ou dos actos levados a cabo na súa execución, que pode non axustarse, total ou parcialmente, ó convido; se dito desenvolvemento coincide co característico do contrato de traballo devén irrelevante a distinta cualificación (por exemplo, de contrato de arrendamento de servicios) asignada polas partes.

A denominación dada ó contrato polas partes non é, sen embargo, totalmente irrelevante ou rexeitable *a priori*. Tal denominación, aínda sen ser decisiva, é expresión dunha vontade das partes que non hai por qué presumir maliciosa ou fraudulenta. Só deixará de atenderse á referida denominación cando apareza unha discordancia entre ela e os dereitos e obrigas estipulados e a forma en que realmente se desenvolve a relación. O que se impide ás partes é, pois, o que poidan dispo-la a vontade da natureza do vínculo, en contra do que se desprenda das prestacións e contraprestacións efectivamente asumidas en cumprimento das obrigas contractuais.

Entre as actividades que contribúen a diferencia-lo contrato de traballo do de arrendamento de servicios ocupa un lugar importante a de reparar na causa típica dun e outro. Ámbolos dous son contratos "onerosos", dirixidos ó intercambio dun servicio por un prezo; agora ben, mentres que no contrato de traballo o indicado intercambio comporta a cesión inmediata e remunerada da utilidade patrimonial xerada pola prestación do traballo en condicións de alleidade e dependencia, no de arrendamento de servicios, aínda que estes tamén figuran prestados en réxime de alleidade e a cambio de prezo, falla, en cambio, a nota da dependencia na súa execución (suxeición da prestación da actividade ó poder de organización e control do acredor do servicio).



A anterior distinción foi posta de releve polos Tribunais laborais a propósito da cualificación da relación que une ós colaboradores de prensa, radio e televisión. Da súa xurisprudencia sobre a materia forman parte as dúas sentencias da Sala galega que motivan a presente nota e que confirman a existencia dun contrato de traballo por apreciar dependencia na prestación dos servizos. Para ámbalas dúas sentencias, a laboralidade da relación non queda desvirtuada polo feito de que a actividade se presente realizada en virtude de subscrición, en cada caso, dun contrato de arrendamento de servizos entre TVE, S. A. e a sociedade constituída, a instancias desta, polo actor e único socio. Tal circunstancia revélase como algo puramente formal ou aparente e insuficiente para oporse á apreciación dunha verdadeira relación laboral cando se constata, ademais de que a sociedade constituída carece dos medios precisos para a prestación da actividade, que os servizos se prestan: 1) nas instalacións ou locais de TVE, S. A., dos cales disponse de chaves; 2) utilizando os seus equipos e materiais (sentencia de 13 marzo 2002); 3) seguindo as súas instrucións, comprensivas das novas a cubrir (sentencia de 26 febreiro 2002), e "plan de traballo" (sentencia de 13 marzo); e 4) con suxeición a un horario (de novo, sentencia de 26 febreiro). Os anteriores índices de laboralidade non son distintos dos habitualmente manexados por outras decisións xudiciais que tiveron oportunidade de pronunciarse sobre a cualificación da actividade consistente na elaboración de novas ou reportaxes para empresas do sector de prensa, radio e televisión. Así, se proclamou natureza laboral da expresada actividade:

1) Cando TVE, S. A. quédase "no seu poder coas cintas que recollen os traballos" de gravación de imaxes e son de novas, reportaxes, entrevistas, etc. encargados polos directores ou produtores daquela, realizados "*seguindo as instrucións dos mesmos*", a cambio dun "prezo fixo por hora de traballo e kilometraje", empregando os medios materiais de edición (banco de edición e corte, mezcladora de son, transmisor de ondas hertzianas) e envío de gravacións facilitados pola referida empresa nas súas propias instalacións e debendo de esta-los executantes "sempre dispoñibles e localizables" e levar "distintivos e credenciais de TVE", que, polo demais, no consta que rexeitara ningún dos aludidos traballos. Non se opón á afirmación do carácter laboral da relación "o feito de que os actores [dous] tiveran creado unha empresa cun escaso capital social que subscriben a partes iguais e a nome da cal adquiren os equipos e elementos dos que dispoñen", o cal configúrase como "unha mera formalidade imposta por TVE, para a que dita empresa realiza a inmensa maioría da súa actividade e tan só residualmente prestou servizos para algunha outra entidade distinta nunha proporción absolutamente insignificante no seu volume total de traballo". A empresa así constituída "carece de medios e infraestrutura propia relevante que lle permita actuar autonomamente neste sector do mercado, pois tan só dispón de dúas cámaras e trípodes e o correspondente material auxiliar, así coma dun vehículo, carecendo de calquera outro instrumento, incluso dun editor de vídeo, motivo polo cal os actores utilizaban as instalacións e medios materiais de TVE para editar e envían-las súas gravacións"; todo elo presenta "a constitución da sociedade coma un mero subterfuxio para disfrazar-la existencia dun contrato de traballo no que o elemento determinante é a prestación persoal de servizos polos actores, a man de obra aportada polos mesmos con independencia da formal existencia dunha sociedade interposta titular das ferramentas que utilizan no desempeño das súas tarefas por conta de Televisión Española" (STSX Cataluña de 7 setembro 1998; AS 2.943).

2) No caso de quen concerta con TVE, S. A. o abastecemento, dende Cádiz, unhas veces a iniciativa súa e outras de dita empresa, de crónicas, reportaxes e entrevistas pro-

pias da súa profesión, por cinco anos e nas condicións de: causar alta no réxime especial de traballadores autónomos e na entón licencia fiscal; percibir unha cantidade fixa por cada unha desas colaboracións unha vez recibida a mesma de conformidade; poder colaborar para outros medios informativos; no estar suxeito ó réxime disciplinario nin ó horario de TVE, á que se ceden os dereitos de propiedade intelectual e de comercialización ou imaxe; acudir habitualmente, sobre as 8'30 horas, ás dependencias de "Radio Nacional de España" designadas por TVE para poñerse en contacto telefónico con esta a fin de recibir indicacións sobre a actividade a realizar e remiti-lo traballo efectuado sobre as 13 horas; e utilizar nas aludidas dependencias o material nelas existente. Baixo os anteriores presupostos, aínda que existen "certas notas ou peculiaridades que tratan de desvirtuar ou disimula-la natureza laboral da relación", concorren elementos para afirmar que esta é a propia do contrato de traballo, "cales son actuar dentro do ámbito rector e organizativo" de TVE "con habitualidade e dependencia a cambio dunha retribución" [STSX Andalucía (Sevilla) de 14 maio 1996; AS 3.481].

3) No caso dos colaboradores periodísticos que asumen a elaboración de seccións ou encargos literarios fixos con "exclusividade e plena dispoñibilidade na prestación do traballo, unha completa suxeición ás instrucións e dirección da empresa, unha función carente de autonomía ou autoorganización e unha completa inserción na organización empresarial" (STSX Aragón de 26 xuño 1999; AS 1.883).

4) Na prestación de servizos de redacción para unha sección dunha revista acudindo á sede da empresa contratante polas tardes, con horario flexible, utilizando os materiais de aquela, como mesa, ordenador, teléfono e fax e recibindo da mesma instrucións sobre a materia a tratar, publicidade a conseguir, mínimo de páxinas asignadas, etc. [STSX Andalucía (Sevilla) de 16 marzo 1999; AS 2.324].

5) En quen elabora para TVE, S. A. crónicas, reportaxes e entrevistas para cubrir, dende Vigo, un programa informativo territorial constando que: traballa en exclusiva para aquela, en local da mesma, utilizando todo o material existente neste (teléfono, máquina de escribir, ordenador, fax, enlace, etc.), con suxeición a un horario fixo diario igual que o dos contratados laboralmente, distribuíndolle a súa tarefa o xefe dos servizos informativos, que era o seu coordinador, debendo acata-las ordes do director do centro territorial de TVE para Galicia e realizando igual traballo que a redactora contratada de acordo coa lexislación laboral (STSX Galicia de 24 novembro 2000; AS 3.736).

6) No caso do asesor lingüístico de RTG, S. A. que en horario fixo de sábado e domingo acode ó edificio de "Radio Galega" para asesorar, traducir e corrixi-los textos en galego que constitúen o contido dos informativos, deportes e demais reportaxes da emisión de fin de semana, desenvolvendo tal actividade baixo a dependencia directa do coordinador e tendo iguais funcións que outros dos lingüistas contratados laboralmente para realizar estas o resto dos días, ocupando a mesma mesa e utilizando o mesmo ordenador e teléfono que aqueles e dispoñendo de tarxeta de entrada nas instalacións, de clave de acceso para chamadas telefónicas exteriores e de código persoal para o sistema informático (STSX Galicia de 12 xuño 1997; AS 2.029).

7) No caso do reporteiro gráfico que diariamente, de forma exclusiva e con plena dispoñibilidade presta servizos a TVE, S. A., a cal "organizaba o traballo a realizar", decidindo os seus directivos e non aquel os reportaxes a cubrir, así coma o tempo, lugar e contido deles (STSX Extremadura de 24 decembro 1997; AS 4.742).

En cambio, descóbreanse os ingredientes do contrato de arrendamento de servicios, entre outros, nas sentencias TS de 30 novembro 1987, 23 maio 1985 (Ar. 2.747) e nas sentencias TSX Madrid de 25 setembro 2001 (I.L. X 2261), 29 xuño 1999 (AS 2.762) e 11 marzo 1997 (AS 682), Cataluña de 20 marzo 2001 (AS 1.465), Baleares de 2 marzo 1999 (AS 1.521), Cantabria de 12 maio 1998 (AS 2.150) e Castela e León (Valladolid) de 26 novembro 1996 (AS 3.863).

Cabe que entre quen realizan os servicios e a empresa de televisión ou radio que os recibe figure interposta outra empresa creada polos primeiros que, ademais, aparece, formalmente, como a obrigada a prestar tales servicios. *Per se*, tal situación non desvirtúa a natureza do contrato concertado entre ámbalas dúas empresas; pero pode chegar a facelo e a permitir entender que entre aqueles e a empresa comitente existe un verdadeiro contrato de traballo se a empresa interposta carece de estrutura e medios para actuar de forma autónoma na actividade económica de que se trate (para realizar esta para outras empresas comitentes), como sucede nos casos sobre os que se pronuncian as sentencias anotadas ou a STSX Cataluña de 7 setembro 1998, xa citada. Certamente, o suposto ben podería merecer a cualificación de caso especial de cesión de traballadores.

J. GÁRATE CASTRO

(Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social.

Universidade de Santiago de Compostela)

## **SOBRE A LEXITIMACIÓN PARA NEGOCIAR CONVENIOS SECTORIAIS (A propósito dunha STSX de Galicia, Sala do Social, de 4 de marzo de 2002)**

1. Esta sentenza da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia –en adiante TSX- de 4 de marzo de 2002, que aquí se comenta, ten por obxecto dar cumprida resposta á demanda formulada en única instancia polo sindicato Unión Xeral de Traballadores de Galicia, impugnando o primeiro Convenio Colectivo para o persoal dependente de empresas auxiliares de asilos, residencias e centros da terceira idade de Galicia –publicado no DOG o 24 de novembro de 1999-, na que o sindicato accionante suplica á sala galega que declare a nulidade –na súa dimensión estatutaria- do citado convenio, que fora suscrito, dunha parte, pola Asociación Galega de Empresas Auxiliares de Residencias da Terceira Idade (ASEARTE) e, da outra, polo sindicato nacional de Comisións Obreiras. As razóns que levaron a UXT a solicita-la nulidade deste convenio colectivo veñen referidas a tres dos variados requisitos que o Estatuto dos Traballadores –en adiante, ET- impón en orde a outorgar a calquera norma paccionada carácter *erga omnes*; requisitos que son os que se comentan a continuación.

2. En primeiro lugar, o sindicato UXT entende que ámbalas dúas partes negociadoras carecían da lexitimación “inicial” necesaria para negociar un convenio colectivo autónomo de dimensión estatutaria a que se refire o art. 87 ET. Así, polo que respecta á parte obreira, e segundo se desprende de previsto no art. 87.2 ET –onde se lexitima para negociar esta clase de convenios ós sindicatos máis representativos a nivel estatal e de CC.AA., así como a todos aqueles que contén con un mínimo do 10% de representantes legais ou unitarios no ámbito xeográfico e funcional a que se refira o convenio-, para que

se dea esa lexitimación “inicial”- e con ela, plena legalidade estatutaria ó convenio subscrito- non basta con mero feito de ostentalala –que é o que sucedía neste caso concreto con CC.OO., ó tratarse dun sindicato máis representativo a nivel estatal, que foi á sazón o único sindicato asinante do convenio-, senón que se precisa, ademais, non descoñece-lo dereito a negociar que o ET reconece ós demais sindicatos lexitimados; é dicir, “cada organización [sindical] individualmente considerada «pode decidir se se integra ou non na comisión para participar na negociación, pero ninguén pode legalmente excluila» (véxase Ron Latas, R.P., “Comentario al art. 87 ET”, en Borrajo Dacruz, E., [dir.], *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa [Madrid, 2001], p. 216), o que, neste caso, exclúe que se poida outorgar plena lexitimación “inicial” ó sindicato CC.OO.

Con relación á lexitimación “inicial” da parte empresarial, semellante censura xurídica é a que leva a cabo o TSX na sentenza. Neste caso, o precepto a ter en conta era o art. 87.3 ET, que é onde se recollen as condicións e requisitos necesarios para que a parte patronal obteña lexitimación “inicial” en orde a negociar un convenio colectivo estatutario de ámbito autonómico; precepto este que –xunto co disposto na disposición adicional 6ª ET- só outorga lexitimación “inicial” para negociar convenio colectivos autonómicos ás asociacións empresariais que contén co 10% dos empresarios no ámbito territorial e funcional a que se refira o convenio, sempre e cando, iso si, os seus asociados dean ocupación a idéntica porcentaxe dos traballadores afectados. Deste xeito, e sobre a base de que estamos falando só de asociacións de empresarios que teñan traballadores ó seu servicio, o que a norma ven a esixir é, en primeiro lugar, que esas porcentaxes se obteñan de maneira efectiva, isto é que se acredite de maneira evidente no preito que a asociación cumpre os requisitos numéricos da norma, e, en segundo lugar, que se trate de asociacións que, “tendo depositado os seus estatutos na oficina pública establecida ó efecto, teñan adquirido personalidade xurídica e plena capacidade de obrar” (véxase Ron Latas, R.P., “Comentario al art. 87 ET”, en Borrajo Dacruz, E., [dir.], *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa [Madrid, 2001], p. 216).

Sen embargo, ASEARTE non cumpría con ningún destes dous requisitos, pois a mesma nin demostrou no preito contar coas porcentaxes legais esixidas –“nos autos non obra ningún elemento fáctico sobre o número de traballadores que ocupa o sector, nin o número de empresas que agrupa” (FD 2º.1)-, nin existía constancia legal da constitución de dita asociación; é máis, aínda que existira –preocúpase de indica-lo TSX-, o certo é que, na data na que se solicitou o rexistro, depósito e publicación do convenio, ASEARTE non depositara os seus estatutos perante o organismo correspondente da Xunta de Galicia, “e, polo tanto, non adquirira personalidade xurídica e plena capacidade de obrar, tal como esixe o artigo 3 da Lei 19/1977” (FD 2º.2).

3. O segundo dos requisitos anteriormente mencionados é o da lexitimación “plena” ou “negociadora” a que alude o art. 88 ET, onde se establecen “os niveis de representatividade e demais requisitos que han de observa-los compoñentes da comisión negociadora para que esta quede validamente constituída” (FD 1º. 6). E é que, sobre a base do preceptuado no art. 88.1 ET –que esixe, con relación á parte sindical, que a mesma represente, como mínimo, á maioría absoluta dos representantes legais ou unitarios do ámbito do convenio, e, polo que respecta á parte empresarial, que esta represente a empresarios que ocupen á maioría dos traballadores afectados polo convenio-, ámbalas dúas partes incumpriron o disposto na norma estatutaria, “ó non acadar, nin moito menos, os niveis de representatividade esixidos polo citado artigo” (FD 2º.1).

En efecto, do lado empresarial porque, como se viu hai un intre, a asociación demandada non deixou constancia legal no preito da súa constitución como tal, e, ademais, non aportou ningún elemento fáctico sobre o que poder determinar se cumpría ou non cos requisitos porcentuais establecidos na norma. E, do lado obreiro, porque, segundo se desprende do relato fáctico da sentenza, CC.OO. só contaba no ámbito do convenio con 3 dos 25 representantes legais dos traballadores nas empresas incluídas no mesmo, carecendo así –de longo- desa maioría absoluta legalmente esixida.

4. O terceiro requisito mencionado alude ó disposto no art. 89 ET, que é o precepto do Estatuto que –baixo a rúbrica “tramitación”- ocúpase, entre outras cousas, do procedemento a seguir na elaboración dos convenio colectivos. Neste caso, o reproche legal céntrase na esixencia estatutaria de que “a representación –ben de traballadores ou ben de empresarios- que [desexen] promover un convenio... [curse] a súa iniciativa mediante comunicación escrita que ha de cumprir cos requisitos expresados no art. 89” (FD 3º.1); esixencia esta que, segundo UXT –e así o confirma o propia TSX-, as partes non procederon a cumprir, ó ter “actuado ignorando completamente o contido do art.89 do ET” (FD 3º.1), posto que non consta nada en autos “sobre esa comunicación inicial” (FD 3º.1), infrinxindo así abertamente esa esixencia legal de comunicación escrita.

5. En fin, semella claro tralo visto que “o acordo acadado foino con clara vulneración dos preceptos [do ET] mencionados” (FD 3º.2); e de aí que nada haxa que reprochar á decisión do TSX estimando a demanda presentada por UXT, e declarando a nulidade do convenio colectivo obxecto de debate no preito. Pero nulidade, só con relación á dimensión estatutaria do convenio en cuestión, que poderá, deste xeito, seguir rexendo nas relacións entre as partes contratantes de maneira limitada, ou o que é igual, con carácter extraestatutario, afectando só ós traballadores afiliados a CC.OO.

RICARDO P. RON LATAS

(Catedrático E.U. de Dereito do Traballo e Seguridade Social.

Universidade da Coruña)

## **VALIDEZ DA CONTRATACIÓN TEMPORAL SUCESIVA. CONTRATOS DE INTERINIDADE E EVENTUAIS POR MOR DA PRODUCCIÓN. NON SE APRECIA FRAUDE DE LEI.**

**(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 12 de marzo de 2002)**

Revócase a sentenza de instancia e declárase válida a sucesión de distintos contratos temporais de interinidade e eventuais. O despedimento non é improcedente e non se adquire a condición de traballador fixo de empresa. Non existe fraude de lei pola substitución temporal dun traballador acollido á xubilación anticipada.

NOTA: A presente resolución sintetiza a doutrina xudicial maioritaria sobre a validez da contratación temporal sucesiva dun mesmo traballador. É dicir, se a continuidade no tempo da prestación dos servizos, baixo a cobertura de distintos contratos temporais, permite a súa conversión en indefinido por fraude de lei. A tal fin, se examina prima facie o motivo xustificativo da dita temporalidade, que na contratación temporal estrutural ou ordinaria se refire á súa causa obxectiva. Pois a súa ausencia ou

falta de proba ó respecto, supón un fraude legal en favor da indefinición da contratación laboral -art. 15.3 ET-.

Neste caso a prestación dos servizos do traballador recorrido prolongárase durante máis de 4 anos mediante a celebración de múltiples contratos de interinidade e eventuais por mor da produción. E ademais case todos eles formalizados sen solución de continuidade. Tan só existiron dúas interrupcións temporais de escasa importancia –3 e 10 días respectivamente-, e polo tanto irrelevantes ós efectos do litixio. Como sinala ao respecto unha recente sentenza do TSX Andalucía (Málaga) do 13 de febreiro de 2003 (Ar. 1.376), “de tal situación se deriva la vontade de las partes de manter viva y vixente la relación”. Farto coa temporalidade do emprego, o traballador decide que a extinción do último contrato de interinidade surta os efectos dun despedimento nulo ou improcedente, por considerar que todos os anteriores encubrían unha situación de fixeza. En definitiva, pretendía a estimación da fraudulencia na relación laboral, petición que foi estimada na instancia.

Verbo diso, prantéxase a Sala a validez da secuencia dos distintos contratos temporais subscritos pola empresa co traballador, pois, en liña coa doutrina da Sala do Social do TS, a ilegalidade de calquera deles estendería este cualificativo aos posteriores (vg., STS (4ª) 20 de febreiro de 1997, Ar. 1.457). E este exame global de todos e cada un dos contratos de traballo, ven xustificado pola antedita continuidade na prestación dos servizos que converte a relación laboral en única. Lémbrese ao respecto a irrenunciabilidade dos dereitos recoñecidos por disposicións legais de carácter necesario que prevé o art. 3.5 ET. Só cando unha interrupción temporal entre dous contratos temporais veña legalmente recoñecida, a primeira relación laboral se extingue e nace unha posterior e independente daquela. Á vista desta doutrina, a Sala do Social do TSX examina a validez do primeiro contrato temporal subscrito, de interinidade por substitución ex RD 2.546/1994 (derogado ex RD 2.720/1998). O traballador demandante fora contratado “para substituir al productor (...) acogido a la jubilación anticipada, regulada por el RD 1.194/1985, que había sido substituído por (...), al causar éste baja voluntaria”. E subscribírase polo tempo que lle restaba ao primeiro substituto para cumprir o prazo do ano marcado por aquela regulamentación (art. 3.2 RD 1.194/1985). Deste xeito, a Sala desestima o fraude de lei na dita contratación por concorrer todos os requisitos esixidos regulamentariamente. De entrada, o RD 1.194/1985 permite “substituir a los trabajadores” que se acollan á xubilación anticipada –art. 3.1-. Que dita contratación “podrá concertarse al amparo de cualquiera de las modalidades de contratación vigentes”, agás a tempo parcial e eventual por mor da produción –art. 3.1-. E que si durante a súa vixencia se produce o cesamento do traballador, “el empresario deberá substituílo por otro trabajador desempleado por el tiempo que le reste para alcanzar la duración mínima del contrato” (1 ano) –art. 4.1-.

Sen embargo, coa dita argumentación o TSX obviou a necesaria causalidade que deberá concorrer na contratación temporal de traballadores para estimarse válida e legal, e que falla no contrato impugnado polo traballador. Pois pese ao previsto no RD 1.194/1985, a interinidade por substitución só se admite, precisamente, para “substituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo” (art. 4 RD 2.546/1994, na actualidade art. 4 RD 2.720/1998), o que non sucedía no caso prantexado. De acordo coa doutrina do TS, e aínda que “no se amolde con tanta facilidade a sus exigencias”, admitiríase a substitución de traballadores acollidos á xubilación anticipada mediante contratos de interinidade por vacante, sendo a causa da contratación a “posibilidade de que trabajadores de edad avanzada pasen a la situación de jubilación al cumplir 64 años”, producíndose neste caso unha ampliación do prazo de duración regula-

riamente establecido, que pasaría de 3 meses a 1 ano por cumprimento do art. 3.1 RD 1.194/1985 (STS (4ª) 5 xullo 1999, Ar. 7.161).

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

(Profesora Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Universidade de Vigo)

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE DUN DEPORTISTA PROFESIONAL NON COMUNITARIO. COMPETENCIA DA XURISDICCION SOCIAL. NON HAI MOTIVOS PARA APRECIAR DISCRIMINACION POR NACIONALIDADE.**

**(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 15 marzo de 2002)**

Confírmase a sentenza de instancia que declarara a improcedencia do despedimento dun deportista profesional non comunitario, sen que se aprecie motivo algún de discriminación por nacionalidade.

NOTA: Son dúas as materias que se tratan nesta Sentencia ó decidir a improcedencia no despedimento dun xogador profesional de balonmán. A primeira, a competencia da xurisdicción social, aínda cando a decisión empresarial extintiva proveña da denegación da licenza federativa. A segunda, a eventual discriminación por nacionalidade no despedimento dun deportista non comunitario.

A competencia da xurisdicción social para o coñecemento da cuestión litixiosa non prantexaba dúbidas ó respecto. Tratábase do despedimento dun traballador –un deportista profesional- polo Clube ó que prestaba os seus servizos. Malia a sinxeleza da cuestión, a empresa recorrente excepciónou a súa incompetencia en prol da contencioso-administrativa, co argumento de que a denegación da licenza federativa o xogador foi a causa da extinción contractual e de que as relacións xurídicas entre a Federación Deportiva Española e un deportista estranxeiro teñen carácter administrativo, quedando fora das materias asignadas á orde social. Aínda que puidera non faltarlle razón á recorinte sobre a natureza xurídica das ditas relacións, cuestión que merece solución xurisprudencial, en nada afectaría ós criterios delimitadores da competencia. Dende unha perspectiva xenérica, os Xulgados e Tribunais da orde social coñecerán “de las pretensiones que se promuevan en la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos” –arts. 9.5 LOPX e 1 TRLPL- e, particularmente das cuestións litixiosas “entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo” –art. 2 a) LPL-, que non só inclúe o ordinario, senón tamén as relacións laborais especiais. En calquera caso, unha eventual intervención administrativa na contratación non desvirtuaría aquela natureza laboral e, xa que logo, a competencia da xurisdicción social. Como destacara a Sentencia do TS do 25 de novembro de 1991 (Ar. 8.262), “toda incidencia relacionada con el contrato de trabajo lleva aparejada la competencia del orden social, aún cuando el acto obstativo provenga de un órgano administrativo”. Distinto sería pretende-la nulidade do precepto regulamentario que limita o número de estranxeiros non comunitarios que se poderán aliñar en competicións oficiais (art. 43 Regulamento de Partidos e Competicións da RFEBM), que se asignaría á xurisdicción contencioso-administrativa. E, incluso cando o que se impugnase fose o propio acto denegatorio ou estimatorio da licenza federativa, malia que son moitas as discrepancias xudiciais existentes.

No que se refire á cuestión de fondo resolta pola Sentencia, a posible discriminación por nacionalidade, os argumentos que a denegan seguen a liña xudicial sobre o particular. Esta non é outra que a distinción entre traballadores dos Estados membros da UE e os demais traballadores –caso Bosman-. E dentro dos primeiros, a extensión da condición de comunitarios aos nacionais de calquera país cos que a UE teña subscrito un acordo de colaboración que declare a igualdade no acceso e condicións de traballo –SsTSX Asturias 12 xaneiro 2001 (Ar. 24), Aragón 19 xullo 2001 (Ar. 3.138), Cataluña 13 marzo 2001 (Ar. 2.033) e Canarias 19 decembro 2002 (Ar. 1.816)-. Para aqueles, calquera condición ou regulamentación que supoña un tratamento diferenciado cos nacionais españois suporá unha discriminación e unha vulneración do principio da libre circulación de traballadores ex art. 39 TCEE. O que non sucede cos nacionais extracomunitarios, como é o caso da resolución que se comenta, pois se trata dun deportista nacional de Iugoslavia, coa que non existe acordo de colaboración. Sendo esta a doutrina maioritaria e acreditándose como causa do despedimento a imposibilidade de xogar en competicións oficiais, a Sala desestima a discriminación pretendida.

Malia a consolidación e admisión desta doutrina no eido do deporte profesional, non se pode esquecer a xa non tan recente aprobación da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea (DOCE 18 decembro do 2000). En concreto o seu art. 15 que reconece a equiparación laboral ós cidadáns da Unión dos “nacionais de terceiros países que estén autorizados para traballar en el territorio de los Estados miembros”, permitindo tan só limitacións “por ley” e sempre que se respete “el contenido esencial” –art. 52-. Habería, pois, que considerar esta normativa o fin de dar cumprimento a efectiva igualdade entre tódolos traballadores que, dende logo, puidera terse incumplido cos feitos motivadores da presente resolución.

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

(Profesora Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Universidade de Vigo)

## **PODERES DO EMPRESARIO E EMPREGO NO PROCESO LABORAL, COMO MEDIO DE PROBA, DA REPRODUCCIÓN DE SON, PALABRAS E, EN XERAL, DATOS OBTIDOS A TRAVÉS DO RECURSO A APARATOS PROPORCIONADOS POLAS NOVAS TECNOLOXÍAS**

**(A propósito da STSX Galicia, Sala do social, de 20 marzo 2002)**

Pechado xa o proceso da evolución normativa que culmina co axuste da lexislación á práctica e a normalización da admisión e uso dos medios de proba propiciados polas novas tecnoloxías (reproducción, a través de aparatos proporcionados por estas, de imaxes, palabras e, en xeral, informacións captadas e gravadas por tales aparatos), cabe apreciar na LPL un certo recelo cara seu emprego, ó facer depender aquela admisión do requisito de que o rexistrado ou captado para a súa posterior reprodución non se obtivera vulnerando dereitos fundamentais ou liberdades públicas. Estase perante un requisito que é común a calquera medio de proba, como advirte a

1 Cfr. art. 287 vixente LEC.



LOPX'; sen embargo, a LPL, ó formulalo a propósito do medio de proba en que consiste a reprodución de que se trata, pon de releve o xogo particularmente intenso que pode e debe ter na admisión de esta, pola maior posibilidade de lesión de certos dereitos fundamentais (a intimidade, a propia imaxe, o secreto das comunicacións) que acompaña ó uso das técnicas en que se sustenta, sobre todo no ámbito das relacións laborais, único que aquí se considera. Nel, na medida en que é posible que a empresa se valla das aludidas técnicas para o exercicio máis eficaz do seu poder de organización da prestación de traballo e de vixilancia e control do seu cumprimento, a restricción que formula o art. 90.1 LPL proxecta os seus efectos máis alá do campo da proba ou, si se prefire, se corresponde con outra equivalente que se erixe en límite do mencionado poder, marcando ata onde pode chega-lo emprego das novas tecnoloxías en orde ó control das actividades laborais do traballador mediante o rexistro de datos ou de informacións susceptibles de excede-lo ámbito estricto desas actividades.

Aínda cabe aquí outra indicación sobre o límite ó que se ven facendo referencia, sobre o que máis adiante voltarei de novo. No proceso laboral, o suxeito pasivo do uso como medio de proba da reprodución de sons, imaxes ou datos captados por instrumentos mecánicos vai a ser case sempre, o traballador; ademais, tal uso se vai a presentar asociado, a maior parte das veces, a unha previa utilización destes como forma de vixilancia e control da prestación de traballo, e nese caso, como sucede na STSX Galicia de 20 marzo 2002, orixe da presente nota, a resposta á cuestión substantiva de se semellante utilización entrañou un exercicio do correspondente poder empresarial respectuoso dos dereitos fundamentais e liberdades públicas do traballador condiciona directamente a que deba darse, no plano procesual, a se o que se pretende reproducir é admisible e eficaz como proba. Se o exercicio das facultades organizativas que se vale dos instrumentos ou aparatos considerados non lesionou dereitos fundamentais do traballador, tampouco o fará despois o seu emprego como fonte de proba. A frecuencia e relevancia desas situacións de previo emprego de sistemas que permiten vixilancia e control da actividade laboral e rexistran información susceptible de ser utilizada con fines disciplinarios e, de existir litixio, como proba da conducta imputada, permite comprender que o tratamento do requisito do art. 90.1 LPL poida facerse xirar, dende unha perspectiva metodolóxica, en torno a aquelas, a modo de sínecdoque.

Unha vez cerrada pola lei calquera discusión sobre a admisión dos medios de proba proporcionados polas novas tecnoloxías, o problema trasládase: 1) á determinación de se o emprego destas con vistas a obte-los datos dos cales pretende aportarse a reprodución como proba reviste ou no carácter ilícito por vulneración de dereitos fundamentais; e 2) á práctica desa proba, cando, obviamente, no ofrezca dúbidas a licitude de aquel emprego. A posición que adopta a lei fronte a ámbalas dúas cuestións é ben distinta. En efecto, a primeira non conta cun criterio ou solución legal xeral, a cal, por outra parte, non parece posible. Ante tal situación, adquiren especial importancia e deben terse moi en conta -a referida sentenza galega é boa mostra de elo- as pautas sentadas pola xurisprudencia constitucional e ordinaria con ocasión da resolución de supostos concretos. En calquera caso, repárese en que o contemplado é unha ilicitude da proba (propriadamente, da súa fonte) cualificada pola vulneración de dereitos fundamentais. Para ese tipo de ilicitude, o remedio previsto polo art. 90.1 LPL, coincidente -non podía ser doutra forma- co que resulta do art. 11.1 LOPX, consiste na *ineficacia* da reprodución de datos, imaxes, sons ou palabras definatoria do medio de proba

que, en consecuencia, non poderá admitirse como tal, se no momento de propoñerse a súa práctica se aprecia xa a súa ilicitude, a instancia de parte ou de oficio (art. 287 LEC), ou, noutro caso, non poderá ser tida en conta polo xulgador ó tempo de dictar sentenza. Permitir que surta efecto unha proba obtida con violación de dereitos fundamentais supón, segundo tivo oportunidade de sinalar o T. Const., un descoñecemento do dereito a un proceso "con tódalas garantías" (art. 24.2 Const.) e, ademais, contradí o principio de igualdade das partes (art. 14 Const.), elo comporta que a cuestión acade a relevancia constitucional suficiente a efectos de recorrer en amparo<sup>2</sup>.

Sen dúbida, é posible que o captado ou gravado se obtivera con descoñecemento de dereitos que non son fundamentais ou de condicións alleas a estes, de base infraconstitucional, como podería ser un requisito formal establecido no convenio colectivo ou, incluso, na lei, como, por exemplo, o de permitir que os representantes legais dos traballadores poidan emitir informe previo a a execución de unha decisión empresarial sobre "implantación ou revisión de sistemas de organización e control do traballo" <sup>3</sup>. En casos da natureza sinalada, a irregularidade no emprego da fonte da proba non ten relevancia constitucional nin parece que transcenda, en principio, a falla dunha disposición legal que sinala o contrario, á admisión e eficacia desta<sup>4</sup>, sen perxuízo de que poida xerar efectos noutro plano<sup>5</sup>. Semellante falta de relevancia é posta de releve pola STSX Galicia de 20 marzo 2002, que, aínda que non o indique, siga o criterio sentado na de 22 xaneiro 2000, tamén relativa a un suposto en que non se dera ó comité de empresa a oportunidade de emitir informe previo sobre a instalación dunha cámara de vídeo<sup>7</sup>.

Respecto á segunda das cuestións antes apuntadas, é certo que a LPL omite, segundo se sinalou, a regulación dos requisitos e forma de emprego ou de práctica do tipo de proba sometida a estudio; sen embargo, non fai o mesmo a vixente LEC, que se ocupa daquela regulación tanto en preceptos dedicados especificamente a dita proba (arts. 382, 383 e 384) como comúns ós distintos medios de proba (por exemplo, arts. 289 e 300), dos cales a aplicación supletoria no proceso laboral queda comprendida dentro da xeral da propia LEC, establecida no seu art. 4 e na disposición adicional primeira da LPL. Sobre esta materia cabe traer a colación: 1) Que a referida proba, aínda que é obxecto, na LEC, dunha mención (art. 299.2) e tratamento (arts. 382, 383 e 384) autónomos, merece, como reconece hoxe a exposición de motivos deste Texto legal (apartado

2 Con rotundidade, sentenza 114/1984, de 29 novembro (BOE de 21 decembro).

3 Art. 64.1.4º ET.

4 Apúntao o T. Const., na súa sentenza 114/1984, cit.: "En realidade, o problema da admisibilidade da proba ilícitamente obtida perfílase sempre nunha encrucillada de intereses, debéndose así optar pola necesaria procura da verdade no proceso ou pola garantía -polo ordenamento no seu conxunto- das situacións xurídicas subxectivas dos cidadanos. *Estas últimas acaso poidan ceder perante a primeira esixencia cando a súa base sexa estrictamente infraconstitucional*" (a cursiva é nosa).

5 Así, de terse imposibilitado a emisión do informe previo que contempla o art. 64.1.4º ET, a responsabilidade administrativa do empresario por "transgresión dos dereitos de información, audiencia e consulta dos representantes dos traballadores" (art. 7.7 LIS).

6 AS 59.

7 Elo "non pode te-lo efecto invalidatorio sobre a proba, que se pretende". Reproducen estes termos as sentencias TSX A Rioxa de 5 decembro 2000 (AS AS 2001, 135) e 30 maio 2002 (AS 2.207).

XI), unha consideración análoga á da proba documental, anticipada pola xurisprudencia<sup>8</sup>; ; elo comporta, entre outras consecuencias, que se admita a habilidade daquela a efectos da interposición dun recurso de suplicación que teña por obxecto a revisión "dos feitos declarados probados, á vista das probas documentais ... practicadas" [art. 191.b) LPL]<sup>9</sup>, ou dun recurso de casación por "erro na apreciación da proba baseado en documentos que obren en autos" [art. 205.d) LPL]. 2) Que, a pesares dese recoñecemento de que se está perante unha proba asimilable á documental, a LEC non lle asigna a forza probatoria que convén ós documentos dos cales a autenticidade "non sexa impugnada pola parte a quen prexudiquen" (art. 326.1) e dispón, expresamente, que o tribunal a valore segundo "as regras da sa crítica" (arts. 382.3 e 384.3). E 3) que a reprodución dos datos arquivados ou das palabras, imaxes ou sons gravados debe de ter lugar, aparte de en último lugar (art. 300 LEC) e perante a inescusable presenza do xuíz (art. 289.2 LEC), contradictoriamente ou con intervención das partes (art. 289.1 LEC)<sup>10</sup>, de modo que estas poidan aportar-las dictames e medios de proba que consideren convenientes para acreditar, segundo que se trate da parte que propoña aquela ou da outra, a autenticidade ou exactitude do reproducido ou o contrario (arts. 382.2 e 384.2 LEC). Elo mostra que se está, certamente, perante unha proba complexa ou á que se vai superpoñer, con frecuencia, outra u outras dirixidas á acreditación dos extremos ós que acabo de facer referencia, o cal pode complicar ou dificulta-la completa práctica no acto de xuízo.

Postos a elixir entre o descubrimento da verdade fáctica perseguido a través da proba practicada no proceso e a protección dos dereitos fundamentais, a lei opta, decididamente, por isto último, como mostra a regra que ordena non admitir ou non ter en conta o medio de proba conectado a unha fonte que entre en contradición con tales dereitos fundamentais. Agora ben, dado que a realidade mostra que, habitualmente, como xa se apuntou, o traballador é o suxeito contra o que se pretende facer vale-la proba que se serve de novas tecnoloxías, cabe concluír que é el e os seus dereitos fundamentais os que resultan especialmente protexidos por aquela regra. A necesidade de atender a se a obtención do que quere reproducirse como proba causou ou non unha vulneración deles concorda cunha esixencia proclamada reiteradamente polo T. Const.; a

8 Así, respecto a unha gravación de vídeo con son, STSX Murcia de 16 setembro 1998 (AS 3.292): dita gravación "malamente pode identificarse coas probas persoais de declaración, xa que quen aparecen na cinta non compareceron perante o xuíz social; tampouco se trata en rigor dunha proba real ou material reconducibile á inspección ou examen do xuíz, pois non se trata tanto de constatar 'prima facie' e sen intermediación algunha as características dun obxecto, canto analizar e valora-lo que o obxecto representa, a saber, unha conversa humana, con imaxes de quen fala. Neste esquema tradicional, a inclusión entre os documentos sería plausible, a condición de que non se esixa ineludiblemente a escritura, cosa que no estado presente da cuestión parece sobrepasada ... Non hai pois inconveniente algún en admitir, como documento, o vídeo que o traballador uniu ós autos". Tamén, con relación a supostos igualmente anteriores á entrada en vigor da LEC 2000, STSX Andalucía (Málaga) de 28 xaneiro 2000 [AS 146: "A Sala entende que debe de primar un concepto amplo de documento, identificándoo con calquera cousas mobles aptas para a incorporación de sinais expresivos dun determinado significado" (sentencia do Tribunal Supremo de 5 de febreiro de 1988). O meritado concepto permite considerar como documentos, ás fins da proba, a fotografía, o vídeo, as cintas magnetofónicas e os disquetes de ordenador"], STSX País Vasco de 14 marzo de igual ano (AS 785) e STSX Galicia de 4 xuño 2001 (AS 1.783).

9 Así, con toda rotundidade, STSX País Vasco de 14 marzo 2000 e STSX Galicia de 4 xuño 2001, cits.: "aínda cando o material obtido por medio de reprodución da imaxe e do son non é propiamente un documento, accede ó proceso por medio da actividade que constitúe o medio de proba documental, dada a súa condición de soporte material representativo de feitos e procede asignarlle valor de proba documental ós efectos previstos no art. 191.b) LPL". Igual conclusión en STSX Murcia de 16 setembro 1998, tamén cit., e STSX Galicia de 21 novembro 1996 (AS 4.503).

10 Un suposto de nulidade de actuacións por visualización do xuíz dunhas cintas de vídeo sen a referida intervención das partes, en STSX Castilla-A Mancha de 28 marzo 1996 (AS 1.929).

saber, "a plena efectividade dos dereitos fundamentais do traballador no marco da relación laboral, xa que esta non pode implicar, en modo algún, a privación de tales dereitos para quen presta servizo nas organizacións productivas, que non son alleas ós principios e dereitos constitucionais que informan o sistema de relacións de traballo"<sup>11</sup>.

Sentado que o contrato de traballo non constitúe, por si só, título hábil para a introducción de limitacións dos dereitos fundamentais que corresponden ó traballador como tal e como cidadán, é igualmente claro que os aquí en xogo (intimidade, propia imaxe, segredo das comunicacións) non son absolutos, tendo manifestado o propio T. Const. que poden ceder "perante intereses constitucionalmente relevantes", sempre que o recorte que experimenten "se revele como necesario para acadar a fin lexítima prevista, proporcionada para alcanzala" e, en todo caso, respecte o contido esencial daqueles<sup>12</sup>. Ábrese deste modo espazo suficiente para que a empresa poida adoptar, con cobertura no art. 20.3 ET, sistemas de vixilancia e control derivados das novas tecnoloxías e, posteriormente, pretender con éxito a introducción dos seus froitos coma fonte de proba. Non existe, pois, unha obrigada e xeral incompatibilidade entre o necesario respecto dos dereitos fundamentais do traballador e o emprego, pola empresa, no ámbito das súas facultades de organización, dos referidos sistemas que permiten obter información susceptible da súa posterior reprodución como medio de proba. Sucede, iso si, que ha de establecerse un punto de equilibrio entre tal emprego e as restricións ou o sacrificio que supón para os dereitos considerados. En definitiva, trátase dun problema de límites, a resolver partindo da "necesaria adaptabilidade dos dereitos do traballador ós requirimentos da organización productiva en que se integra, e na apreciada razoabilidade destes"<sup>13</sup>; pero tamén de que se está perante dous extremos que non poden situarse no mesmo plano á hora de valorar as súas recíprocas interferencias, correspondendo ós dereitos fundamentais do traballador unha posición superior que conduce á admisión restrictiva de calesquera limitacións daqueles<sup>14</sup>. Cousa ben distinta desa admisión restrictiva da afectación dos dereitos fundamentais é unha absoluta imposibilidade de admisión da afectación, por mínima que sexa esta; semellante imposibilidade é o que se descarta, como ensina a práctica.

Trasladando ó problema que nos ocupa os criterios sentados polo T. Const. na súa xurisprudencia sobre a eficacia dos dereitos fundamentais no marco do contrato de traballo, tense que será admisible a limitación destes polo recurso a mecanismos de captación de imaxes, son, palabras u outros datos e, por extensión, tamén a reprodución do captado como proba, cando: 1) quede suficientemente acreditado que aquel recurso é adecuado ou útil para a satisfacción dun interese empresarial merecedor de tutela e relacionado co correcto e ordeado desenvolvemento da actividade productiva, de forma que non basta a mera invocación de tal interese<sup>15</sup>; e 2) a propia limitación ou modulación do

11 Sentencia 98/2000, de 10 abril (AS 98).

12 Sentencia 143/1994, de 9 maio (BOE de 13 xuño), lembrando a doutrina establecida noutras anteriores (como a 57/1994, de 28 febreiro; BOE de 24 marzo) e con termos reproducidos polas 98/2000, cit., e 186/2000, de 10 xullo (AS 186).

13 STC 99/1994, de 11 abril (BOE de 17 maio).

14 Así o pon de releve a STC 90/1999, de 26 maio (BOE de 29 xuño), cando se refire "á posición prevalente que no noso Dereito posúen os dereitos fundamentais" e a que, se a existencia da relación contractual pode chegar a impor algún límite ó exercicio daqueles, "este límite vese asimesmo 'limitado' pola noción de imprescindibilidade".

15 Sentencias 99/1994, cit.; 6/1995, de 10 xaneiro (BOE de 11 febreiro), e 136/1996, de 23 xullo (BOE de 12 agosto). Non se descarta que a indicada acreditación resulte da propia natureza do traballo contratado (sentencia 99/1994, cit., fund. x. 7).

dereito fundamental afectado se amose proporcionada á fin que se pretende alcanzar, isto é, resulte indispensable ou estrictamente necesaria para acadala referida satisfacción do interese empresarial da maneira menos agresiva ou restrictiva do dereito sobre o que se proxecta<sup>16</sup>. Todo elo obedece ás esixencias do denominado *principio de proporcionalidade*<sup>17</sup>, cuxa estricta observancia se erixe, para o T. Const., en condición imprescindible para a "constitucionalidade de calquera medida restrictiva de dereitos fundamentais"<sup>18</sup>.

Afondando na aplicación, por translación, dos parámetros anteriores ó campo específico da apreciación da necesaria acomodación da proba ós dereitos fundamentais, é posible atopar pronunciamentos que, con ocasión da resolución do caso concreto, permiten extraer datos que precisan o alcance do principio de proporcionalidade expresado por tales parámetros e, ademais, permiten ter unha idea máis exacta de onde se sitúa o equilibrio que indiquei que debe de existir entre a preservación dos dereitos fundamentais do traballador e os sistemas empregados pola empresa en exercicio das súas facultades organizativas, que afunden as súas raíces noutros dereitos tamén recoñecidos constitucionalmente (singularmente, a liberdade de empresa ex art. 38 Const.).

En relación cos instrumentos de captación e gravación de son ou imaxe, adquire relevancia o *lugar da súa instalación*; pero tamén o reparar noutras circunstancias, como as da finalidade de tal instalación, se os sistemas de vixilancia e control que comprende son visibles ou se colocaron de forma subrepticia, se implican para o traballador un control continuado e indiscriminado (se o captado e gravado se estende a extremos alleos á relación laboral ou recolle información nun espazo físico máis amplo do preciso) ou se existen razóns de seguridade xustificativas da necesidade do seu emprego, derivadas do tipo de actividade desenvolto nas dependencias sobre as que se exerce a vixilancia ou control<sup>19</sup>. Atendendo ó lugar da instalación, sería contrario ó dereito á intimidade (art. 18.1 Const.), con carácter xeral, e, polo tanto, conduciría a que a reprodución do gravado fose ineficaz como proba da conducta imputada ó traballador, o feito de que os mencionados instrumentos ou sistemas audiovisuais se tivesen emprazado en dependencias onde non se desenvolve a actividade laboral propiamente dita, como son os lugares de descanso ou espallamento, aseos, vestiarios ou comedores<sup>20</sup>. Agora ben, o anterior non serve para descartar que poida existir igual lesión do dereito á intimidade cando a instalación se atope nos lugares destinados a realización da prestación dos servizos<sup>21</sup>. Será entón necesario pasar á análise das outras circunstancias apuntadas, a partir da cal

16 En palabras da sentenza 98/2000, cit., de existir "outras posibilidades de satisfacer dito interese menos agresivas e afectantes do dereito en cuestión, haberá que empregar estas últimas e non aquelas outras máis agresivas e afectantes".

17 Resume moi ben as esixencias reseñadas a sentenza 186/2000, cit., reproducindo termos das sentencias 66/1995, de 8 maio (BOE de 13 xuño), 55/1996, de 28 marzo (BOE de 27 abril), 207/1996, de 16 decembro (BOE de 22 xaneiro 1997), e 37/1998, de 17 febreiro (BOE de 17 marzo): a comprobación de "se unha medida restrictiva dun dereito fundamental supera o xuício de proporcionalidade, é necesario constatar se cumpre os tres requisitos ou condicións seguintes: se tal medida é susceptible de acadalo obxectivo proposto (xuício de idoneidade); se, ademais, é necesaria, no sentido de que non exista outra medida máis moderada para a consecución de tal propósito con igual eficacia (xuício de necesidade); e, finalmente, se a mesma é ponderada ou equilibrada, por derivarse dela máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que perxucios sobre outros bens ou valores en conflito (xuício de proporcionalidade en sentido estricto)".

18 Sentencia 186/2000, cit.

19 Véxase STC 98/2000, cit.

20 Para o T. Const. (sentencia 98/2000, cit.), a instalación de tales sistemas nos referidos lugares "resulta a *fortiori*, lesiva en todo caso do dereito á intimidade dos traballadores, sen máis consideracións, por razóns obvias".

21 Con rotundidade, STC 98/2000, cit.

será posible descubrir se as apreciadas permiten dar por superado o test da proporcionalidade da medida restrictiva do dereito fundamental e concluír definitivamente, en función delo e no caso concreto, se se produciu ou non vulneración de dito dereito.

Obrando da forma exposta, aprecia o T. Const., na súa sentenza 98/2000, que constitúe unha intromisión ilexítima no dereito á intimidade a instalación de **aparatos de audición e gravación de son** nunha determinada zona de traballo frecuentada polos clientes, na que se realizan transaccións económicas importantes (caixa e ruleta francesa dun casino) e na que xa se implantaran e funcionaban, con éxito en ningún momento cuestionado, outros sistemas de seguridade menos agresivos, entre eles un circuíto pechado de televisión. A referida instalación pode ser útil ou apta dende o punto de vista da lexítima finalidade de control perseguida pola empresa<sup>22</sup>; agora ben, elo non basta para xustifica-la restricción do dereito á intimidade que implica aquela, o cal resultará lesionado, segundo ensina a sentenza agora contemplada, cando: 1) os aparatos de audición e gravación empregados recollan de forma permanente e indiscriminada todo tipo de conversas, relacionadas ou non coa prestación de traballo, tanto dos traballadores entre si como destes cos clientes<sup>23</sup>. E 2) o emprego de tales aparatos non se mostre indispensable para satisfacer a empresa o interese perseguido, relacionado coa seguridade e a organización do traballo, por figurar xa cuberto suficientemente ese interese por outras medidas de vixilancia e control máis benignas, cuxo emprego se mantén<sup>24</sup>; a expresada suficiencia viría a por de releve, pois, o carácter prescindible (e, polo tanto, inxustificable) da nova medida, non desvirtuado pola súa maior eficacia.

En cambio, non comporta vulneración do dereito á intimidade a instalación temporal, con fins de comprobación e obtención de proba dun grave incumprimento (substracción de diñeiro) que se sospeita estaba observando o traballador, dun **circuíto pechado de televisión** que controla, exclusivamente, a zona na que aquel, caixeiro dun economato, realiza a súa labor como tal. Sometida a medida ó test que permite establecelo acomodo ás esixencias do principio de proporcionalidade, o T. Const. considera superado dito test, na súa sentenza 186/2000, por apreciar que a filmación de cómo desempeñaba o traballador as tarefas no seu posto de traballo reúne, no caso analizado, as condicións de ser xustificada, idónea, necesaria e equilibrada. Desta sentenza obtéñense algúns valiosos índices xerais esclarecedores do uso do control videográfico respectuoso do dereito á intimidade. Son tales índices: en primeiro lugar, a previa detección pola empresa ou as súas sospeitas fundadas de graves irregularidades na actuación profesional do traballador, que constitúen un elemento da maior importancia para entender *xustificada* unha medida como a indicada. En segundo lugar, que esta apareza dirixida á verificación da realidade das aludidas irregularidades e á adopción, tras elo, da sanción disciplinaria correspondente, que constitúe un dato revelador da súa *idoneidade* en orde a

22 Noutros termos, pode supera-lo xuício de idoneidade (véase nota 17).

23 Non se supera, pois, o xuício de proporcionalidade en sentido estricto (véxase nota 17). Sinala o T. Const. que o sistema de control examinado "permite captar comentarios privados, tanto dos clientes coma dos traballadores do casino, comentarios alleos por completo ó interese empresarial e por tanto irrelevantes dende a perspectiva de control das obrigas laborais, podendo, sen embargo, ter consecuencias negativas para os traballadores que, en todo caso, vanse sentir constreñidos de realizar calquera tipo de comentario persoal perante o convecemento de que van ser escoitados e gravados pola empresa". O beneficio para o interese da organización empresarial que pode derivarse do emprego do sistema é inferior ó perxuício ou restricción que ese emprego provoca sobre o dereito á intimidade.

24 Non se supera, polo tanto, o xuício de necesidade (véase nota 17).

permiti-la satisfacción dunha lexítima finalidade da empresa. En terceiro lugar, que a medida sexa indispensable para dispoñer dunha proba evidente da comisión daquelas irregularidades, en caso de que o traballador decida impugna-la sanción imposta, que constitúe un ingrediente do seu carácter *necesario*. Por último, que se estea perante unha vixilancia e control cinguidos ó tempo e ámbito espacial imprescindibles, isto é, que non se prolonguen máis alá do que requira a comprobación da realidade e reiteración do incumprimento que se sospeita, con fundamento, cometido polo traballador e que, ademais, o filmado ou gravado verse sobre feitos desenvoltos, exclusivamente, na única zona ou parte do posto de traballo na que pode cometerse o referido incumprimento, o que permitiría apreciar o carácter equilibrado ou *proporcionado* da medida.

Tampouco aprecia o T. Const. vulneración de dereitos fundamentais e, en concreto, do dereito ó segredo das comunicacións (art. 18.3 Const.), na **gravación fonográfica dunha conversación telefónica** do traballador, realizada sen o seu coñecemento polo seu interlocutor e cuxo contido, alleo por completo á vida íntima ou á intimidade persoal daquel, se usa pola empresa, unha vez que ten noticia del, como proba da procedencia do despido disciplinario decidido<sup>25</sup>.

Descendendo xa á análise da xurisprudencia dos Tribunais laborais, non é difícil imaxinar que, como mostra a sentenza STSX Galicia de 20 marzo 2002, aquela pasa a presentarse tributaria das pautas formuladas polo T. Const., xa coñecidas, a medida que tales pautas se viñeron establecendo. Sen embargo, non falla algunha sentenza que fai da mera invocación da doutrina constitucional o principal, cando no único sustento, da conclusión a que chega o xulgador respecto á validez da proba á que se atribúe o ter sido obtida con vulneración de dereitos fundamentais do traballador, ó que se lle priva dun razoamento suficiente dos motivos polos cales se estima que a aplicación de aquela doutrina ó caso concreto debe de conducir á aludida conclusión. É o que ocorre, o meu xuízo, na recente STSX Murcia de 3 febreiro 2003<sup>26</sup>, que debe de pronunciarse, entre outros extremos, acerca da licitude e eficacia da proba consistente na **reproducción videográfica** de certa conducta imputada á traballadora recorrente, determinante do seu despido. Parte a Sala dos seguintes feitos probados: 1) Existencia dun sistema de retribución por hora efectivamente traballada que leva á instalación, pola empresa, dun torno de acceso ós aseos acompañada da entrega a cada traballador dunha tarxeta persoal cuxa inserción na correspondente rañura permite, ademais de facer xirar aquel e entrar ou saír do lugar en o que se emprazan os aseos, a identificación do usuario e o rexistro informático do tempo de permanencia nestes. 2) Sospeita patronal dun uso indebido da

25 Da sentenza que aborda o caso -a 114/1984- merece traerse a colación a seguinte pasaxe do seu fundamento xurídico 7: "Quen entrega a outro a carta recibida ou quen emprega durante a súa conversa telefónica un aparato amplificador da voz que permite capta-la conversa a outras persoas presentes non está violando o segredo das comunicacións, sen perxucio de que estas mesmas conductas, no caso de que o así transmitido a outros entrase na esfera 'íntima' do interlocutor, puidesen constituir atentados ó dereito garantido no artigo 18.1 da Constitución [dereito á intimidade] ... Quen grava unha conversa de outros atenta, independentemente de toda outra consideración, ó dereito recoñecido no artigo 18,3 da Constitución; polo contrario, quen grava unha conversa con outro non incurre, por este so feito, en conducta contraria ó dereito constitucional citado". A aplicación da doutrina sentada pola STC agora reseñada leva á STSX Extremadura de 3 abril 2000 (AS 2317) a declarar-la nulidade de actuacións por non ter admitido o xuíz *a quo* a proba consistente na audición dunha cinta magnetofónica que incorpora a gravación dunha conversa telefónica mantida entre o traballador despedido, que é quen propón dita proba, e a empresa. A inadmisión da proba se producira ó manifesta-lo traballador que a gravación tivo lugar sen coñecelo ou consentilo a empresa.

26 AS 468.

súa respectiva tarxeta por parte de varias traballadoras, logo despedidas, igual que a recorrente. 3) Contratación dun detective privado que procede a instalar unha cámara de vídeo oculta no corredor de acceso á nave onde están os aseos, gravándose con ela, exclusivamente, as entradas e saídas dos traballadores a través de dito torno. 4) Comprobación, mediante a anterior gravación, do referido uso indebido da tarxeta. E 5) informe do detective privado sobre os días e horas de tal uso indebido, elaborado a partir das imaxes e datos temporais captados pola cámara e empregado pola empresa para manter a existencia dun incumprimento contractual acredor do despido. Non entro na discusión de se os feitos expostos poden ser suficientes para conducir a considerar que a proba videográfica non se obtivo, no caso de autos, con vulneración do dereito á intimidade; agora ben, parécese que a cuestión ten un grado de importancia dificilmente conciliable coa sucinta argumentación da Sala á hora de despacha-lo rexeitamento a que se producira aquela vulneración<sup>27</sup>. Se se da por boa a conclusión da Sala murciana, é irrelevante, ós efectos de determinar se media ou non vulneración do dereito á intimidade, o que a cámara de vídeo instalada capte de forma continuada a cantos traballadores pasen pola área vixiada, aínda que a irregularidade laboral que trata de comprobarse se sospeite cometida unicamente por uns poucos deles. En suma, tal circunstancia non sería radicalmente incompatible co respecto ás esixencias do principio de proporcionalidade da medida de vixilancia e control.

Certamente, a natureza da actividade do traballador ou dalgunhas das súas obrigas sometidas a vixilancia e control por parte da empresa poden xustificar que a correspondente facultade desta precise proxectarse fora dos seus locais ou instalacións. De concorre-las condicións necesarias para elo, admitiuse que non lesiona o dereito á intimidade e, polo tanto, é eficaz como fonte de proba, a gravación con cámara de vídeo, en lugares abertos ó público, da conducta mostrada por aquel en relación coas súas obrigas laborais<sup>28</sup>.

En fin, retéñase que a apreciación de se a gravación videográfica da actividade laboral do traballador no lugar de traballo respecta o dereito á intimidade no depende, con carácter xeral, de que el ou os seus representantes legais teñan coñecemento previo de que tal gravación vai ter lugar<sup>29</sup>.

27 Xulgo o lector a profundidade desa argumentación: "Coa proba videográfica de autos ... non se vulnerou norma algunha constitucional, pois nin o dereito á honra, á intimidade personal, ou outro similar se ven conculcados nin restrinxidos pola utilización do referido medio de proba, posto que ía encamiñado exclusivamente a acreditar uns feitos indispensables para substenta-lo despido dunhas traballadoras. As cámaras de vídeo non invadiron terreo personal pois se atpaban no exterior dos aseos controlando un torno de acceso ós mesmos, e é perfectamente válido, segundo reiterada xurisprudencia do TS e do TC (ss. 170/1997, 202/1999, 98/2000 ou 186/2000) o seu uso dentro do marco organizativo e de dirección dunha empresa, cuio control dos trabaxadores ou meramente de seguridade pasa pola instalación das mesmas".

28 Así, a propósito do traballador que debe realiza-la súa actividade fora da empresa (visitador médico), STSX Galicia de 4 xuño 2001, cit.: "o contido das cintas de vídeo ... non conculca en modo algún a intimidade persoal e familiar e moito menos a honra do demandante"; as imaxes captadas, "obtidas en lugares públicos ... non constitúen intromisión no espazo íntimo privativo do mesmo en forma tal que se erixise en óbice para a consideración da gravación como válida e eficaz apoiatura da tese substentada pola empresa demandada". Igual conclusión, respecto á gravación das imaxes que mostran a actividade desenvolta polo traballador no interior dunha tenda propiedade do seu cónxuxe e durante a súa situación de baixa por incapacidad temporal, ou nun taller mecánico doutra empresa do sector, competidora da demandada, en STSX Comunidade Valenciana de 3 febreiro 2000 (AS 2.184) e STSX Andalucía (Sevilla) de 10 outubro 1996 (AS 4.895), respectivamente.

29 Así, STSX Cataluña de 5 febreiro 1999 (AS 1.110). Tamén sentencias TSX Galicia e A Ríoxa citadas nota 7, así como a determinante deste estudo.



Entre as resolucións xudiciais relevantes que se pronunciaron sobre a materia nos últimos anos non fallan as relacionadas co control do uso do **correo electrónico**. Partindo de que a propiedade dos ordenadores e do *software* pertenza á empresa, que os pon a disposición dos traballadores para a execución da súa prestación de traballo, poden influír na decisión sobre a validez da proba obtida con ocasión de dito control as regras de utilización de medios informáticos que rexan en aquela, aparte de, por suposto, o feito de que o control se realice en presenza e con consentimento dos traballadores afectados. Así, a STSX Cataluña de 5 xullo 2000<sup>30</sup> rexeita que exista vulneración do dereito ó segredo das comunicacións cando se accede por auditoría informática ó contido dos correos electrónicos que se remitiran dos traballadores que se sospeitaba, con fundamento, que estaban empregando indebidamente esta ferramenta facilitada pola empresa para o desenvolvemento da súa actividade laboral, dándose as circunstancias de que tódolos integrantes da plantilla coñecían que os correos se gravaban e que a propia empresa advertira previamente, por escrito, que non estaba autorizado o uso de medios informáticos para asuntos alleos ó traballo<sup>31</sup>.

O anterior suposto de feito é ben distinto do contemplado por igual Sala e Tribunal na súa sentenza de 9 xullo 2002<sup>32</sup>, onde a empresa despide ó traballador imputándolle a autoría de certos correos electrónicos recibidos dende direccións pertencentes a aquel, algún deles de contido insultante e ameazante para un dos socios. Tal imputación se fai a resultados da información facilitada por un detective privado contratado para investigar-la orixe dos e-mails, a cal obtén tras acceder, sen coñecemento do traballador, ó contido das aludidas direccións de correo electrónico. Confirma a Sala que a proba obtida da forma exposta non pode ser tomada en consideración por lesionar os dereitos á intimidade (estase perante "unha vulneración clara do dereito á intimidade do actor") e ó segredo das comunicacións ("existe unha clara vulneración do dereito fundamental consagrado no art. 18.3 da Constitución española") e que, polo tanto, ó decae-la imputación realizada na súa virtude, o despido é improcedente. Son circunstancias valoradas pola Sala: 1) Que as direccións de correo electrónico sometidas a investigación pola empresa non foron proporcionadas por ela, senón que eran persoais e privadas do traballador, alleas por completo á súa actividade laboral. 2) Que non existe a menor constancia de que o envío dos e-mails se realizara dentro do horario de traballo e empregando ordenador ou material informático da empresa. E 3) que as claves para acceder ó contido das referidas direccións de correo electrónico e coñece-la información alí arquivada non foron facilitadas polo traballador nin eran coñecidas pola empresa, senón que foron obtidas polo detective contratado por ela.

JAVIER GÁRATE CASTRO

(Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social.

Universidade de Santiago de Compostela)

30 AS 3.452.

31 Para a Sala, "non nos atopamos en presenza dunha correspondencia privada entre particulares o segredo da cal debe de ser preservado, senón perante unha utilización indebida de medios e instrumentos da empresa para fins alleas ás estritamente laborais, podendo a empregadora exercer un control sobre a forma de utilizar tales medios, que son da súa propiedade, así como sobre a propia actividade laboral do traballador".

32 AS 2.811.

## **SOBRE A PENSIÓN DE VIUVEDADE DUN SUXEITO CAUSANTE SENEGALÉS E POLÍGA-MO**

**(A propósito da STSX Galicia, Sala do Social, de 2 de abril de 2002)**

A primeira cuestión importante que presenta a sentenza anotada é a da inclusión ou non do suxeito causante senegalés no campo de protección do sistema da seguridade social española. Respecto deste extremo, non cabe acepta-la posición do INSS que xustifica a súa negativa no disposto en: a) o entón vixente art. 7º, núm. 1, LGSS, que declaraba comprendidos no sistema da seguridade social, a efectos de prestacións da modalidade contributiva, a “tódolos españois”, sen mención ós estranxeiros; b) a inexistencia de Tratado bilateral entre España e Senegal en materia de seguridade social; e c) a falta de constancia do recoñecemento do principio de reciprocidade entre ámbolos dous países respecto á referida materia. A imposibilidade de aceptar tales argumentos baséase en que o mesmo art. 7º LGSS, no seu núm. 5, dispuña que os hispanoamericanos, portugueses, brasileiros, andorranos e filipinos que residan e se atopen legalmente en territorio español equipáranse ós españois a efectos do disposto no artigo, e que con respecto ós nacionais doutros países “estarase ó que se dispoña nos tratados, convenios, acordos ou instrumentos ratificados, subscritos ou aprobados ó efecto, ou a cuanto lles fora aplicable en virtude de reciprocidade tácita ou expresamente recoñecida”. Pois ben, precisamente, días antes de falecer o suxeito causante, a Circular 3-043 da Dirección Xeral do INSS, de 10 de agosto de 1995, relativa ó campo de aplicación do RETA en relación con súbditos estranxeiros que desenvolven a súa actividade en España, declara ós nacionais de Senegal incluídos no campo de aplicación do mencionado réxime “por aplicación do art. 7º, 5, en virtude de reciprocidade tácita”. Así pois, dado que esta circular recoñecía inequivocamente a aplicación do principio de reciprocidade tácita respecto de Senegal, resulta claro que procedía o recoñecemento da pensión de viudedade ás cónxuxes supérstites. Trala Lei 66/1997, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e do orden social, o art. 7º, núm. 1, LGSS xa se modifica para engadir que tamén están comprendidos no campo de aplicación da seguridade social “os estranxeiros que residan ou se atopen legalmente en España”.

Por outro lado, a segunda cuestión importante é a do recoñecemento xudicial do dereito de ámbalas dúas viúvas a cobrar a pensión de viudedade. Dito recoñecemento resulta, cando menos, sorprendente, ó basearse nun suposto de feito prohibido pola lexislación española. En efecto, dado que a poligamia está proscriba polo noso ordenamento xurídico -que incluso a considera como delicto sancionable con pena de prisión de seis meses a un ano (art. 217 CP)- e que a excepción de orde pública do art. 12, núm. 3, C. c. prevé a inaplicación da lei estranxeira cando esta poda atentar contra aquel, semella evidente que a decisión xurisdiccional non se basee en argumentos suficientemente sólidos, senón máis ben en criterios de flexibilidade coa situación dos estranxeiros que se atopan no noso país. Dado que a debilidade dos argumentos utilizados permite que outro órgano xurisdiccional, perante igual situación, falle en sentido contrario, urxe a aclaración legal destas situacións ou a consolidación do criterio do Tribunal Supremo sobre as mesmas.

Polo demais, unha vez que se recoñece o dereito de ámbalas dúas viúvas a cobrar a pensión de viudedade, resulta claro que esta non procede na súa totalidade (45 por 100 da base reguladora; hoxe, 46 por 100 e, incluso, nalgúns casos, o 70 por 100). Neste

senso, cabe aplicar por analogía a regra prevista para o caso de separación xudicial ou divorcio (174, núm. 2, LGSS), en que a contía da pensión debe de ser proporcional ó tempo de convivencia co causante. Con todo, no caso de autos, a regra que finalmente se aplica -a do xulgador de instancia- é parcialmente diferente, dado que distribúe a pensión a partes iguais entre ámbalas dúas esposas. Dito criterio mantense porque, ademais de non ter sido obxecto de impugnación en suplicación, é esencialmente respectuoso coa regra do obrigado reparto da pensión entre as viúvas existentes.

LOURDES MELLA MÉNDEZ

(Profesora Titular de Dereito do Traballo da  
Universidade de Santiago de Compostela)