



ANTRÀS



*MARZO 2024*

***NEWSLETTER***

## INFORMACIONES LABORALES

Marzo 2024



### Tolerancia empresarial y ejercicio del poder disciplinario.

La jurisprudencia viene entendiendo, a grandes rasgos, que la “tolerancia empresarial” se produce cuando la empresa, ante un comportamiento sancionable y conocido de un trabajador, no lo sanciona, amonesta o apercibe. Si esto es así y la empresa muestra una pasividad total con dicho incumplimiento, se entiende que la empresa no puede reaccionar sorpresivamente y recurrir directamente al despido disciplinario (realizando lo que los tribunales denominan un “despido sorpresivo”).

De esta forma, si ha existido tolerancia empresarial ante un determinado comportamiento, se entiende que decidir directamente, sin amonestaciones o advertencias previas, el despido es desproporcionado, lo que conlleva la declaración de improcedencia o incluso, si la persona trabajadora pertenece a uno de los colectivos especialmente protegidos, a la nulidad.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2021 (Rec. 1090/2019) advirtió de que, si el empleador conoce y tolera una conducta antijurídica de su trabajador durante un periodo de tiempo significativo, sin imponerle ninguna sanción o imponiéndole sanciones menos graves que el despido, el empresario no puede contradecir su comportamiento anterior realizando sorpresivamente un despido disciplinario porque ello vulneraría su deber de buena fe. Considerando, de esta forma que sancionar con la mayor severidad (el despido disciplinario) una conducta que se había tolerado anteriormente, sin ninguna advertencia previa al trabajador de que se

iba a poner fin a dicha tolerancia, sería contrario a la buena fe del empleador.

Siendo esta la doctrina general, cabe destacar algunos matices que deben reconducirla a sus justos términos:

1. Para que exista tolerancia empresarial ante comportamientos antijurídicos del trabajador, esos comportamientos deben ser conocidos por la empresa. No existe tolerancia frente a lo desconocido o lo simulado.
2. La conducta empresarial de permisividad debe ser consistente para que a partir de ella pueda deducirse de forma inequívoca y concluyente una manifestación de voluntad limitativa del ejercicio de la potestad disciplinaria. La existencia de excepciones o cualquier advertencia contraria diluye la existencia de tolerancia.
3. La tolerancia empresarial no ampara cualquier conducta, así la mayor gravedad del comportamiento hasta entonces tolerado podría ser objeto de sanción.
4. La tolerancia empresarial no genera condiciones más beneficiosas. La empresa puede cambiar su actitud o comprensión de los hechos y dejar de ser permisiva con comportamientos antijurídicos. Para evitar que dicho cambio se considere sorpresivo y una transgresión de la buena fe, debería advertirse del cambio de política sea



a través de alguna forma de comunicado o, incluso, ejerciendo el poder disciplinario en sus manifestaciones más leves pero con la advertencia de que la continuidad

en el comportamiento ilícito podrá llevar aparejadas las sanciones más graves que pudieran corresponder.

### **Cuando la realidad estropea un titular: sobre el tiempo del desayuno y su (no) cómputo como tiempo de trabajo.**

*Un viejo aforismo periodístico dice que “la realidad no te estropee un buen titular”. En los últimos días hemos podido leer y escuchar titulares en los que se decía, a modo de ejemplo, “El TS confirma que los 15 minutos de cortesía de llegada y el tiempo de desayuno son trabajo efectivo”. La realidad, sin embargo, desmiente dicho titular. La sentencia del Tribunal Supremo se refería a un supuesto muy condicionado por la propia normativa existente en la empresa. Veámoslo para tratar de reconducirlo a sus justos términos. La empresa, Caixabank, había firmado con la representación de los trabajadores un acuerdo en 1991 sobre control horario y horas extraordinarias. A juicio del Tribunal, en ese acuerdo se derivaba que las pausas del desayuno tenían la consideración de tiempo de trabajo efectivo, por cuanto “que no se tenga que registrar la pausa del desayuno como una ausencia o una incidencia conduce a entender, sin esfuerzo interpretativo alguno, que esa pausa tiene la consideración de trabajo efectivo”, una argumentación que también sirve al Tribunal para considerar que los 15 minutos de margen reconocidos en ese acuerdo para el cómputo del inicio de la jornada se considerasen tiempo de trabajo.*

*Es por lo tanto, la existencia de un previo acuerdo de empresa en el que se reconocía la consideración como tiempo de trabajo efectivo de esas pausas o tiempos de no trabajo lo que sirve al Tribunal para considerarlo como tal. De no existir esos acuerdos o una condición más beneficiosa reconocida por la empresa, la solución habría de haber sido la contraria por cuanto la regla general establecida en el Estatuto de los Trabajadores es que los límites a la duración máxima de la jornada se refieren al trabajo efectivo, computándose “de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo” (art. 34.5 TRLET) y que la pausa intra jornadas de 15 minutos (30 para los menores de 18 años) que debe reconocerse cuando la jornada diaria continuada exceda de 6 horas (4 horas y media para los menores de 18 años) sólo se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo (art. 34.4 TRLET).*

*Sin perjuicio de que, por lo tanto, haya de desmentirse que, con carácter general, “la pausa del desayuno y llegar 15 minutos tarde cuenta como tiempo de trabajo, según el Supremo”, la sentencia sirve para llamar la atención sobre tres cuestiones de relevancia para las empresas:*

*1º) la implantación de un sistema de registro de jornada “es mecanismo inhábil para introducir modificaciones sustanciales sobre tiempo de trabajo o, mucho menos, descuelgues de las previsiones convencionales;*



2º) si como consecuencia de esa implantación se tienen que producir dichas modificaciones y las mismas tienen carácter de sustanciales será, por lo tanto, necesario seguir el procedimiento de modificación sustancial previsto en el art. 41 del TRLET o el de inaplicación del convenio si se afecta a éste (art. 82.3 TRLET, aquí con independencia de si la modificación es sustancial o no).

### **Código de uso de los equipos informáticos: implementación y revisión.**

El art. 87.3 de la [Ley Orgánica de protección de datos y garantía de los derechos digitales](#) establece que los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales. La adopción de esos criterios y su información a los trabajadores constituye una obligación de toda empresa en la que utilicen dispositivos digitales cuando la empresa pretenda efectuar un control de su contenido y a los efectos de exonerarse de eventuales responsabilidades derivadas de un uso incorrecto o indebido de los mismos.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha aclarado algunas cuestiones en torno a estos protocolos o criterios:

1. “el mandato del artículo 87.3 LOPD tiene carácter imperativo en los supuestos en los que el trabajo se realice mediante dispositivos digitales”;
2. “el artículo 87.3 LOPD resulta una especificación, para un ámbito determinado, del genérico poder de dirección del artículo 20.3 ET, que legalmente se explica porque, en tal ámbito, la intimidad del trabajador resulta especialmente sensible”;
3. la aprobación de la LOPD no impone reelaborar unos nuevos criterios si en la empresa ya existían;
4. no obstante, “cualquier modificación de los criterios previamente establecidos a la entrada en vigor de la LOPD, o cualquier especificación de los mismos, ampliación o restricción” deberá ser elaborada con la participación de la representación de los trabajadores.

Aunque la sentencia no especifica la forma de esa participación, debe entenderse que no es necesario el acuerdo, sino la mera consulta. Debe advertirse de que, en la elaboración de esos criterios, la empresa no dispone de libertad absoluta por cuanto deberá respetar los derechos a la intimidad y dignidad de los trabajadores. La búsqueda de un equilibrio que garantice esos derechos y permita un control adecuado de la utilización de los medios tecnológicos aconseja que en su elaboración se realice un adecuado análisis jurídico que elimine o reduzca cualquier contingencia.