



CIRCULAR LABORAL 18/2022

5 de septiembre de 2022

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: SEPTIEMBRE 2022.

1. TRIBUNAL SUPREMO

Despido por sustracción de dinero y joyas: validez de la prueba videográfica incluso aunque no exista información alguna sobre la instalación de la cámara.

En una reciente sentencia, la Sala General de lo Social del Tribunal Supremo ha validado como prueba unas grabaciones que muestran a una empleada del hogar intentando abrir la caja fuerte de la vivienda, imágenes cuya captación no fue avisada de forma previa a la trabajadora.

Como novedad en la compleja doctrina sobre grabaciones a los empleados, el Supremo indica que, para un caso así, donde existen **profundas sospechas de irregularidades**, no es necesario advertir al empleado de la instalación de las cámaras. Siempre, eso sí, que se trate de un sistema instalado *ad hoc* y no un sistema de videovigilancia permanente.

De este modo, y en determinadas circunstancias, cuando existen sospechas razonables de que se han cometido graves irregularidades (en el caso robos), se admite que la empresa no advierta al trabajador de la existencia ni del emplazamiento de determinadas cámaras de videovigilancia, de manera que esa ausencia de información no ha de conducir necesariamente a la no toma en consideración de la prueba de videovigilancia que sustenta la sanción al trabajador y acredita el incumplimiento y su autoría.

En el supuesto analizado, existía una justificación seria, habida cuenta de que previamente a la instalación de las cámaras se había denunciado como cantidad sustraída en el domicilio familiar en el que prestaba servicios la empleada 30.000 euros, que se encontraban en una caja fuerte, así como joyas. De igual forma, debe reseñarse que la cámara únicamente enfocaba al armario en que estaba instalada la caja fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación ni del hogar familiar. Concurría, por tanto, la imperativa protección de importantes intereses -que pueden ser no solo públicos, sino también privados-, protección que puede justificar la ausencia de información previa, tal como admite expresamente la STEDH de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II).

La prueba de videovigilancia era, por tanto, no solo idónea, sino necesaria y proporcionada al fin perseguido. Atendiendo a las circunstancias concurrentes, era difícilmente practicable la colocación de un distintivo o dispositivo informativo, pues ello habría frustrado con toda probabilidad la posibilidad de acreditar el grave incumplimiento, sobre el que existían fundadas sospechas, así como su autoría. No obstante, es preciso advertir que una cosa es que la ausencia de información no deba obligadamente conducir a la nulidad de la prueba de videovigilancia y otra que la empresa no pueda ser declarada responsable de un posible incumplimiento de la legislación de protección de datos con las posibles consecuencias administrativas o civiles, o de otra naturaleza, que ello pueda conllevar.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 22 de julio de 2022. Rec. nº 701/2021.

2. TRIBUNAL SUPREMO

Extinción del contrato tras impugnar el trabajador una reducción de jornada judicialmente ajustada a derecho. ¿Cómo se calcula la base reguladora para las prestaciones por desempleo?

La premisa de la que se debe partir para la correcta resolución del caso es que no se ha procedido a la extinción de un contrato a tiempo parcial, pues no hay que olvidar que una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) de un contrato a tiempo completo, en la que se reduce la jornada, no altera la condición jurídica del contrato como a tiempo completo.

Esa condición jurídica persiste, incluso, aunque se haya impugnado la MSCT, en tanto que el derecho de extinción que se le ofrece al trabajador, con o sin impugnación, es de su relación laboral anterior a la decisión empresarial, sin que la ejecutividad de la medida pueda alterarlo y menos entender que tras el proceso judicial la extinción que se está operando es la del resto de la jornada, ya que ello implicaría que se está extinguiendo un contrato a tiempo parcial, lo que no es el caso.

La opción que se le otorga al trabajador está entre asumir la modificación o extinguir su contrato a tiempo completo, que es al que se refiere el artículo 41.3 del ET. Partiendo de ello, la base reguladora se rige por el artículo 270.1 de la LGSS. En el caso que nos ocupa, si estamos ante la extinción de un contrato a tiempo completo, lo adecuado será acudir al criterio de «momento que cesó la obligación legal de cotizar», por ser ese el contrato que se extingue y provoca el desempleo, lo que supone tomar las bases de cotización de los 180 días anteriores al momento en que se ejecutó la medida y en el que se estuvo cotizando por el 100% de la jornada. Ello no choca con el hecho de que la situación legal de desempleo, que es el otro criterio que también sirve para calcular la base reguladora, se origine en estos casos a partir del momento de la extinción del contrato, ya que la base reguladora es un elemento más, junto a la situación legal de desempleo, sobre el que se construye la protección por desempleo. Por tanto, estando configurada la base reguladora en atención a uno de esos dos posibles parámetros, el aquí aplicado es el más adecuado a la situación que provoca la contingencia protegida. En cualquier caso, la demanda de MSCT no debe perjudicar ni hacer de peor condición al trabajador que, en similares circunstancias, no recurre la misma.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 7 de julio de 2022. Rec. núm. 2000/2019

3. TRIBUNAL SUPREMO

Cabe recurso de suplicación en demandas de conciliación de la vida personal y familiar con denuncia de vulneración de derechos formales. Incluso si la indemnización por daños y perjuicios reclamada no supera los 3.000 euros.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la sentencia dictada en la instancia, resolviendo un procedimiento de conciliación de la vida familiar con denuncia de vulneración de derechos fundamentales, tiene acceso al recurso de suplicación. En el caso concreto planteado, la reclamación de indemnización se cifra en concreto en la cuantía de 3.000 €

Frente a la sentencia del Juzgado de Instancia que desestimó la pretensión del trabajador (solicitud de adaptación de la jornada en base al art 34.8 del ET), interpone la defensa del trabajador recurso de suplicación, que le fue ofrecido por la sentencia de instancia al reclamarse una acción de daños y perjuicios por importe de 3.000 euros.

En dicho recurso, reiterando que procedía por la vía del art. 191.3 f) de la LRJS, se denunciaba la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia y la vulneración del art. 34.8 del ET, en relación con el art. 14 y 39 de la CE, entre otros. La empresa se opuso a la admisión del recurso de suplicación porque, aunque había una cuantía, ésta no superaba los 3.000 euros. Recurre la defensa del trabajador ante el Tribunal Supremo que ahora le da la razón.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el abogado del trabajador, contra la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2020, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 584/2020.

Casa y anula la sentencia recurrida con devolución de las actuaciones a la Sala de procedencia para que se proceda al dictado de otra sentencia en la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid, de fecha 3 de marzo de 2020, recaída en autos núm. 749/2019.

En primer lugar, el TS recuerda que es cierto en las demandas de conciliación de la vida familiar y laboral, a la que se acumula una reclamación de daños y perjuicios, es clara la doctrina de esta Sala que acepta el acceso a aquel recurso cuando lo reclamado supera los 3.000 euros. Así lo recuerda, entre otras, la SSTS de 15 de diciembre de 2020.

Ahora bien, tenemos, por un lado, que no es posible el acceso al recurso cuando la cuantía reclamada por daños y perjuicios no sea superior a 3.000 euros, lo que en este caso tendría razón lo argumentado por la parte recurrida y tomado por la Sala de suplicación (denegar el acceso al recurso de suplicación).

No obstante, hay otras circunstancias que también debemos analizar para examinar si, por ellas, la sentencia podría ser recurrida en suplicación. Y esa otra vía es la de tutela de derechos fundamentales.

Es cierto que entre los argumentos que ofreció la sentencia recurrida se alude a que la sentencia de instancia ya había rechazado la vulneración de derechos fundamentales ante la falta de identificación de la concreta causa u origen del distinto trato, pero ello, señala el TS, es una argumentación que afecta al fondo del asunto y no a la forma ni, por ende, a la realidad de que se ha tramitado un proceso de conciliación de la vida familiar con denuncia de vulneración de derechos fundamentales que la parte ha mantenido durante todo el proceso.

El acceso al recurso no viene determinado por el signo del fallo, deja claro el Supremo, sino por la pretensión articulada en demanda. Es más, concluye el TS, otra vía que permitía el acceso al recurso es la del motivo en el que se denunciaba incongruencia de la sentencia de instancia que tendría acceso al recurso de suplicación en lo que al defecto procesal denunciado se refiere, aunque no lo tuviera en la cuestión de fondo que, aquí insistimos, también la tenía al margen de lo que al respecto pudiera resolverse en vía de suplicación, tanto en uno como en otro motivo.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 20 de julio de 2022

4. TRIBUNAL SUPREMO

Despido nulo: derecho a las vacaciones no disfrutadas durante el tiempo en que el trabajador estuvo despedido

Cuando se está ante un despido nulo, la inicial decisión extintiva deviene ineficaz y se produce una restauración o restablecimiento del vínculo laboral, con el efecto de que, pese a que durante el periodo de tramitación del procedimiento de despido no haya existido prestación de servicios, sí se devenga el derecho a vacaciones porque durante este lapso temporal la relación laboral ha seguido vigente y no es imputable al trabajador, injustamente despedido, sino a la empresa, la ausencia de trabajo efectivo.

La doctrina del Supremo que reconoce este derecho a las vacaciones no disfrutadas durante el tiempo en que el trabajador ha estado despedido no es novedosa y, de hecho, es aplicable tanto cuando el despido se califique de improcedente como cuando se califique como nulo porque en ambos supuestos concurre la misma involuntariedad en la interrupción en la prestación de servicios, la readmisión y restauración completa del vínculo laboral.

El Supremo señala que, para una íntegra restitución de derechos - derivada de la declaración de nulidad del despido-, debe irremediamente reconocerse el derecho al devengo de vacaciones en ese lapso en el que no se desempeñó trabajo por causa imputable al empleador.

Lo relevante no es tanto que sea la prestación efectiva de servicios lo que motiva la necesidad de descansar, sino que la falta de prestación de servicios sea imputable al empleador.

Y este extremo de falta de prestación de servicios por causa imputable al empleador ha sido refrendado por el TJUE en su sentencia de 25 de junio de 2020, en los Asuntos acumulados C-762/18 y C-37/19, en la que un trabajador ilícitamente despedido y posteriormente readmitido por mor de la declaración de nulidad de su despido tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas en relación con el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión.

El TJUE en su fundamentación excluye una interpretación restrictiva del derecho a vacaciones y señala que, aunque a priori se devenga en función de los períodos efectivamente trabajados, en determinadas situaciones concretas en las que el trabajador no puede cumplir sus cometidos, no se puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente. Y si un empleado se ha visto privado de la posibilidad de trabajar debido a un despido declarado posteriormente ilícito, fue ajeno a su voluntad la imposibilidad de prestar servicios.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia 648/2022, 12 Jul. Rec. 2598/2019

5. TRIBUNAL SUPREMO

El padre puede disfrutar el permiso de lactancia, aunque la madre no trabaje

Razona el Tribunal Supremo entre otras cuestiones que la doctrina constitucional pone en manos del legislador el modo en que haya de evolucionar el disfrute de permisos asociados al nacimiento o la lactancia de las personas descendientes y admite que el legislador pudiera conceder el permiso por lactancia a los varones solo si la madre también está trabajando (y no lo disfruta).

La jurisprudencia comunitaria (Roca Álvarez, Maïstrellis) sí considera inconciliable con el Derecho de la UE la exclusiva atribución de permisos parentales (incluyendo la pausa por lactancia) de un modo distinto a los hombres y a las mujeres, entendiéndose que eso perpetúa los roles tradicionales de división de tareas. Sobre esos presupuestos, nuestra STS 224/2020 de 10 marzo (rec. 224/2020) interpretando la redacción del artículo 37.4 ET bien que a unos efectos diversos de los ahora cuestionados, ha puesto de manifiesto que el derecho contemplado en la norma debe entenderse reconocido en pie de igualdad a cualquiera de los dos progenitores del menor de nueve meses.

Bajo la vigencia del artículo 37.4 derivado de la Ley 3/2012, la referencia a que el permiso por lactancia *“sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”* legitima para su disfrute a cualquiera de ellos (en nuestro caso, el padre) aunque el otro (aquí, la madre) no esté desarrollando actividades lucrativas, y con independencia de si puede encargarse de atender al menor.

El TS concluye que el trabajador demandante tiene derecho a disfrutar de permiso de lactancia tras el nacimiento de su hijo menor de nueve meses, que le había sido denegado por la empleadora al no desempeñar la madre trabajo retribuido. Las razones particulares de ello son (entre otras) las siguientes:

Hasta por tres veces el precepto recalca que estamos ante un derecho que pertenece, de forma originaria, a la persona que trabaja:

- 1) El permiso se configura como «un derecho individual».
- 2) Las decisiones acerca de la modalidad de disfrute corresponden a «quien ejerza este derecho».
- 3) En caso de que ambos trabajen el ejercicio solo puede llevarlo a cabo «uno de los progenitores».

No hay, por el contrario, razona el TS, atisbo alguno de que deba condicionarse la titularidad del derecho en cuestión a las circunstancias del otro progenitor.

La regla limitativa según la cual este permiso «sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen» dista de contener la restricción que le atribuye la sentencia referencial y postula el recurso.

En ella se omite por completo la consideración de qué sucede cuando uno de los progenitores no trabaja. Si el legislador quisiera eliminar el permiso en tales casos debiera haberlo explicitado. La restricción acogida por la sentencia referencial no existe en la norma.

Los requisitos para el disfrute del permiso por lactancia están legalmente tasados (edad del menor, vínculo con el mismo), sin que proceda su interpretación expansiva. Debe considerarse contraria a Derecho la exigencia de cualquier requisito adicional a los previstos en la Ley.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 12 de julio de 2022.

6. TRIBUNAL SUPREMO

Sucesión de contrata y subrogación contractual. Cuando la empresa saliente es un centro especial de empleo y la entrante una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio.

La doctrina jurisprudencial sostiene que, cuando se produce una sucesión en una contrata en la que la empresa saliente tiene la condición de centro especial de empleo y la empresa entrante no, opera la subrogación contractual cuando así lo disponga el convenio colectivo sectorial, en cuyo caso la empresa entrante deberá debe asumir a los trabajadores discapacitados de la empresa saliente, que sí ostenta la citada condición.

En el supuesto enjuiciado, se da la circunstancia de que la empresa entrante es una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio, teniendo la contrata como objeto el servicio de portería-recepción de un centro de física al que no resulta aplicable ningún convenio colectivo sectorial, no pudiendo encuadrarse la actividad en la prestación de servicios de limpieza, de jardinería, o de seguridad privada. En este contexto, no opera el mecanismo subrogatorio.

Tampoco puede declararse la existencia de sucesión legal, al amparo del artículo 44 del ET, al no haberse acreditado la transmisión de una unidad productiva autónoma entre la empresa saliente y la entrante. De igual forma, aunque se solicite la aplicación de la subrogación contractual al amparo del artículo 27 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, no puede atenderse, ya que dicha norma colectiva se aplica a los centros especiales de empleo, condición que no tiene la empresa entrante, por lo que no opera la sucesión convencional.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 30 de marzo de 2022. Rec. nº 2375/2020.

7. TRIBUNAL SUPREMO

Los trabajadores fijos discontinuos cuya actividad no se repite en fechas ciertas no tienen derecho a la jubilación parcial anticipada, al no ser trabajadores a tiempo completo. (Aplicación normativa previa a la reforma laboral de 2021.)

Los trabajadores fijos discontinuos cuya actividad no se repite en fechas ciertas generalmente no se han asimilado, automáticamente, al tiempo parcial, es más, normativamente han sido considerados como fijos discontinuos los contratos concertados con tal carácter y que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen de actividad normal de la empresa (artículo 16.1 ET en la redacción anterior a la actualmente vigente).

Y es que lo que delimita la naturaleza de la relación no es el tiempo de trabajo al que se pueda someter el contrato de trabajo sino la actividad que con él se va a atender, que no comprende todas las jornadas de trabajo que existan en un año y que, además, será en fechas no ciertas y que debe cubrirse, necesariamente, mediante contrato fijo discontinuo.

No obstante, en el ámbito de la Seguridad Social el tratamiento de los trabajos fijos discontinuos es más específico. Así, la exposición de motivos del RD 1131/2002 ya avanzó que aunque en el ámbito laboral la normativa diferencia entre quienes efectúan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de la actividad de la empresa, de aquellos en los que no concorra la circunstancia de la repetición de los trabajos en fechas ciertas, atribuyendo a los primeros la calificación de trabajadores contratados a tiempo parcial, conceptualización que no se extiende respecto del segundo colectivo indicado, sin embargo la disposición adicional séptima de la LGSS de 1994 (en la modificación introducida por la Ley 12/2001), determinó la aplicación a todos ellos, en el ámbito de la Seguridad Social, de la normativa relativa a los trabajadores con contrato a tiempo parcial. Equiparación que, en la actualidad, se recoge en el artículo 245.2 de la LGSS de 2015, donde se parte del principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador fijo discontinuo.

Es verdad que el contrato fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas no es un contrato a tiempo parcial, según la regulación normativa anterior al RDL 32/2021, pero desde la perspectiva de la Seguridad Social, como se ha visto, no se trata de un trabajador a tiempo completo, en la medida en que no se prestan servicios todos los días del año y se realiza una jornada de trabajo en cómputo anual inferior a la contemplada como ordinaria y a tiempo completo para dicha actividad. En el ámbito de una medida excepcional cual es la jubilación parcial anticipada, ambos tipos de trabajos discontinuos, los que se repiten en fechas ciertas y los que no lo hacen porque su actividad es incierta, han sido asimilados por el legislador que los ha englobado en la categoría de trabajos que no se realizan a tiempo completo.

Una interpretación contraria no solo conduciría al absurdo, sino que, además, carecería de lógica y justificación. En efecto, en la mecánica de la diferenciación entre ambos tipos de trabajos discontinuos, podría ocurrir que un trabajo a tiempo parcial en cómputo anual de 10 meses cada año no podría acceder a la jubilación parcial anticipada, mientras que un fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas y que trabajara 3 meses al año, sí podría acceder a tan excepcional jubilación.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 5 de julio de 2022. Rec. núm. 605/2020.

8. TRIBUNAL SUPREMO

Jubilación que tiene lugar entre la fecha del despido colectivo y la declaración de su nulidad. La imposibilidad de readmisión no obliga al trabajador a devolver la indemnización percibida.

La imposibilidad acreditada de la readmisión determina la ubicación del supuesto en el ámbito del artículo 286 de la LRJS, intitulado "Imposibilidad de readmisión del trabajador", precepto cuya redacción abierta integra, junto a las desglosadas, otras posibles causas de imposibilidad material o legal de la readmisión. Tales causas no son tasadas ni tampoco deben entenderse limitadas ni dependientes o circunscritas a los litigios examinados por la Sala con anterioridad. Los casos enjuiciados han valorado situaciones que bien afectaron al propio trabajador (fallecimiento y declaración de incapacidad permanente), o bien a la propia relación laboral (expiración del plazo en los contratos temporales) además de los supuestos de afectación a derechos fundamentales, pero ello no significa que jurisprudencialmente se haya elaborado un listado cerrado o excluyente de otros casos en los que también resulte vedada o de imposible realización la readmisión del afectado, como el que ahora analizamos.

En el supuesto objeto de controversia, la extinción del vínculo laboral por jubilación deriva de lo prevenido en el convenio colectivo de aplicación. Su acaecimiento inexorable, tras el despido colectivo acordado por la parte actora, y con anterioridad a la declaración de nulidad del mismo, con la condena a la readmisión de la trabajadora, imposibilitaba esta readmisión. La jubilación ordinaria constituye, por ende, una de las causas que imposibilitan legalmente la readmisión, pero no neutraliza el derecho indemnizatorio sustitutorio en favor de la persona despedida y compensable con la cantidad percibida al tiempo del despido. Al devenir imposible el cumplimiento del deber de readmitir ha de imponerse al empresario la obligación de indemnizar, pues no puede hacerse de peor condición al trabajador cuyo despido ha sido declarado nulo. De no fijarse indemnización alguna por el despido, quedaría sin reparar el daño producido por la injusta extinción de la relación laboral.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 28 de junio de 2022. Rec. nº 2300/2019.

9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SEVILLA)

Nulidad objetiva y readmisión obligatoria inmediata: las nuevas consecuencias del cese por desistimiento empresarial de la empleada de hogar embarazada, aun cuando se cumplan las formalidades legales.

Tras el RD Ley 6/2019 el legislador ha optado por extender la protección objetiva por embarazo tanto a los supuestos de despido objetivo y disciplinario como también sobre el desistimiento, incluyéndose de forma expresa el período de prueba, con lo que la protección objetiva del embarazo se puede aplicar a la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio del hogar familiar.

Así, la aplicación del artículo 11 del RD 1620/2011 no excluye la del citado artículo 55.5 b) del TRET, que dispone la nulidad objetiva del despido. Se produce una verdadera antinomia entre los mencionados preceptos dado que el primero no contempla la nulidad de la decisión de extinguir de estas empleadas y el TRET sí. Tras el RD Ley la regla solo puede ser la del artículo 55.6 del TRET, dada la calificación del artículo 55.5 b) del mismo. A igual conclusión se llegaría si se aplicase el artículo 6.2 del CC. Cuando el Derecho fija unas consecuencias a unos daños objetivamente no cabe utilizar un sucedáneo del mercado permitiendo a los particulares ponderar, en este caso la dignidad de la mujer, esto es, ponerle un precio vía abono de una indemnización por despido con el objetivo de no readmitir. Las preferencias son más o menos merecedoras de protección porque su realización práctica favorezca más o menos las posibilidades de los individuos de llevar una vida digna y de desarrollar libremente su personalidad (art. 10 CE). Y si ello lo enlazamos con el carácter inviolable de la dignidad humana, se entenderá perfectamente que cuanto más valiosa para una vida digna sea una preferencia, más razones habrá para considerar que un pacto contractual por el que se ponga un precio a la misma reduce el bienestar sobre la población en su conjunto.

En suma, se debe aplicar la regla de la inalienabilidad ante extinciones unilaterales discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales en las que a pesar de que el ofensor u ofendida estén dispuestos a pagar, o recibir, una cantidad, no cabe consentir que se ejecute su voluntad. Procede la aplicación del artículo 55.6 del TRET sin excepción, al no compartir la Sala las falacias del preámbulo del RD 1620/2011, el cual puede inducir a pensar que el servicio doméstico no forma parte de la economía de mercado, recurriendo al subterfugio de dotar al hogar de un “titular” cuando, en nuestra práctica jurisdiccional, para identificar al empleador hay que acudir al concepto general de empresario laboral definido en el TRET. La apelación a la confianza es otra falacia que no puede justificar la excepcionalidad del régimen pues los activos de los hogares suelen ser menos valiosos que los de las empresas. En fin, una extinción unilateral discriminatoria por embarazo tiene una sola consecuencia: la readmisión obligatoria. Se declara el cese como un despido nulo con las consecuencias del artículo 55.6 del TRET (readmisión inmediata y abono de salarios dejados de percibir).

TSJ de Andalucía (Sevilla). Sentencia de 14 de junio de 2022. Rec. nº 3149/2020.

10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (LAS PALMAS)

Despido y prueba de detectives lícita: grabar desde el exterior de un inmueble a un trabajador no vulnera necesariamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Y terminamos como empezamos. Refiriéndonos nuevamente a la prueba videográfica en procedimientos de despido y su licitud.

Muy interesante sentencia del TSJ de Canarias que revoca la declaración de improcedencia efectuada en primera instancia por el JS y declara la procedencia del despido de un trabajador que desarrollaba actividades incompatibles con la baja por IT.

De forma resumida, este TSJ determina que captar imágenes del trabajador desde el exterior de un inmueble, siendo unas imágenes que cualquier persona podría ver desde el exterior, no vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio por no ser el de su residencia habitual.

El caso que se venía a juzgar se centraba en el despido de un trabajador al que se le imputaba que estando de baja por IT, con diagnóstico de dolor en la columna, había realizado actividades de albañilería y conducción de vehículos que consideraba incompatibles con la baja médica.

La demanda impugnaba el despido alegando que no estaba realizando actividades incompatibles y que, además, como para comprobar los hechos objeto del despido se habían captado imágenes en el interior de su domicilio, tal prueba, y el despido mismo, serían nulos.

La sentencia de instancia estima en parte la demanda y declara improcedente el despido. Aunque declara lícita la prueba de detectives, entendía el JS que como no se le había prescrito reposo absoluto y las actividades no se realizaron “con intensidad suficiente y ánimo deliberado como para perjudicar el proceso de curación.”

El TSJ estima el recurso interpuesto por la empresa y revoca la declaración de improcedencia, declarando la procedencia del despido. A este respecto razona el Tribunal que por el tipo de las imágenes y su realización no se ha vulnerado la inviolabilidad del domicilio.

En el presente caso, el inmueble en el que se observó al trabajador realizando actividades que podrían ser incompatibles con la baja no constituye su domicilio habitual, ya que el trabajador y su familia reside habitualmente en otro lugar y el inmueble en el que se hizo la investigación por el detective está ubicado en otra localización y solo se utiliza en vacaciones.

Es cierto, recuerda el TSJ, que de acuerdo con la doctrina constitucional, una segunda residencia, empleada en vacaciones, puede constituir domicilio constitucionalmente protegido, pero teniendo en cuenta la entidad de las obras de reforma que se estaban realizando en el mismo en el mes de junio de 2020 no parece, ciertamente, que la casa estuviera destinada a habitación de la familia en esos momentos, ni que se realizara en ella vida familiar en sentido estricto.

Además, ni el actor ni su esposa dormían en la casa objeto de las imágenes en esos días (hecho probado: el trabajador acudía a diario a la casa que estaba reformando, pero regresaba a su domicilio habitual para dormir), dificultando su consideración como domicilio.

Partiendo de las fotografías que se acompañan al informe del detective, resulta que en solo cinco de ellas, de un total de 152, se puede observar al trabajador en el interior de la vivienda, siempre a través de una ventana o una puerta abierta. El resto de las imágenes aparecen captadas o en espacios de la vivienda abiertos al exterior, como la azotea, o directamente en el exterior de la misma.

En su declaración en juicio el detective negó haber utilizado artificios ópticos para observar al trabajador, afirmando que la observación se hizo a distancias de entre 25, 50 o 100 metros, suficientes, desde luego, para poder ver con claridad sin necesidad de prismáticos.

Solamente admitió que la cámara fotográfica que empleó contaba con «un pequeño zoom», lo cual sería, deja claro el TSJ uno de esos artificios ópticos que no pueden emplearse para observar el interior de un domicilio, en la medida en que permite acercar imágenes lejanas. Sin embargo, no consta que las cinco fotografías realizadas desde el exterior a puertas o ventanas, en las que se observaba al trabajador, hayan sido realizadas utilizando ese dispositivo óptico; de hecho, en alguna de esas fotografías parece apreciarse la sombra del propio detective, lo que denota que se hizo desde muy cerca.

En cualquier caso, el número de imágenes en las que se ve al trabajador en el interior de la vivienda es no solo muy escaso con respecto del total, sino que ni siquiera se pueden considerar especialmente trascendentes, pues, en realidad, en ninguna de ellas se ve al trabajador agachándose, doblando la espalda, o cargando pesos, lo cual, en cambio, sí se ve en varias de las imágenes captadas en el exterior del inmueble, exterior que no está protegido, porque en él no hay expectativa alguna de intimidad. Además, en cualquier caso, nada de lo que estaba haciendo el trabajador puede considerarse que formaba parte de un ámbito especialmente protegido de su intimidad personal y familiar, pues no se le captó haciendo vida familiar, sino conduciendo vehículos y realizando obras de reformas en un inmueble.

Frente a la sentencia del JS que declaró improcedente el despido al entender que las actividades no revestían la gravedad suficiente como para declarar la procedencia del despido, el TSJ revoca el fallo y declara procedente el despido.

Entiende el TSJ que el tipo de reposo prescripto al trabajador es claramente incompatible no solo con conducir durante varias horas, sino con los esfuerzos físicos asociados a los trabajos de albañilería, que implica cargar pesos que pueden llegar a ser importantes, flexiones mantenidas o forzadas de la columna, como por ejemplo trabajar con la columna doblada, o los movimientos que han de hacerse para manejar un martillo con la finalidad de abrir huecos en una pared (movimiento que implica, y de forma directa, la columna dorso- lumbar).

Se trata de actividades claramente contraproducentes con las patologías por las que el trabajador fue dado de baja médica, porque se trata de esfuerzos que exacerban el dolor dorsal y no pueden mejorar el estado físico.

TSJ de Canarias (Las Palmas). Sentencia de 8 de junio de 2022.

Departamento Laboral y de Seguridad Social.

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Jorge Barbat Soler

Email: jbarbat@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Raúl Sala Cuberta

Email: rsala@ortega-condomines.com