

Pérez-Llorca

Newsletter
Laboral



Copyright © 2022 Pérez-Llorca.
Todos los derechos reservados.
Esta comunicación es una selección
de doctrina y normativa que se ha
considerado relevante sobre los temas
de referencia durante el período
especificado. La información de esta
página no constituye asesoramiento
jurídico en ningún campo de nuestra
actuación profesional.

Índice

Artículo doctrinal

4. La evaluación de los daños morales

Gonzalo Sotomayor

Novedades legislativas

Novedades jurisprudenciales

9. El Tribunal Supremo aclara la acción a ejercitar en caso de negativa empresarial a reincorporación tras excedencia voluntaria

María Duet

11. Las consecuencias de la declaración de “no apto” en el reconocimiento médico en el despido

Sarah Scheerlinck

15. El Supremo confirma el criterio sobre la exigencia de permanencia en la empresa a fecha de abono de la retribución variable

Carlos Zaera

17. Sobre la validez de la prueba de videovigilancia para justificar un despido

Álvaro Arboleya

ARTÍCULO DOCTRINAL

LA EVALUACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Gonzalo Sotomayor · Abogado

De sobra es sabido que nuestro Código Civil prevé una obligación, de todo individuo que haya incurrido en culpa o negligencia, a reparar el daño causado a otro, ya fuese por una acción o una omisión del primero. Sin embargo, el concepto de “daño”, que actúa como presupuesto de dicha obligación reparadora, no deja de ser extraordinariamente amplio. En la norma civil, los daños susceptibles de ser indemnizados vienen definidos en el artículo 1.902, que comprende el valor de la pérdida, el lucro cesante y el daño emergente. Sin embargo, nada se dice sobre la apreciación de la existencia del daño moral, ni en el ámbito contractual ni en el extracontractual.

No obstante, tradicionalmente la jurisprudencia ha entendido que el daño moral puede encuadrarse en la mencionada expresión genérica de reparar el daño causado. Si bien es cierto que el calificativo “moral” constituye una dificultosa definición, entre los límites de lo jurídico y lo filosófico, la jurisprudencia ha ido reconociendo diversos extremos y aspectos que permiten identificar tanto la noción misma del daño moral, como las pautas para valorar su intensidad, y consecuentemente, las medidas necesarias para resarcirlo.

Actualmente, la interpretación jurisprudencial se muestra más proclive de lo que había venido siendo a considerar también la existencia de daños morales en caso de incumplimientos contractuales. Sin embargo, la cuestión aquí controvertida no es en sí la reparación de estos daños en el supuesto de que existan, sino, más concretamente, limitar los criterios que permitirán acotar los casos a susceptibles de ser resarcidos y en qué medida.

A este respecto, la doctrina está dividida en dos vertientes:

- (i) una primera ceñida al concepto estricto de perjuicio moral, que puede considerarse minoritaria,
- (ii) otra defensora de un concepto más laxo, y por el momento mayoritaria.

La primera, como norma general, niega la reparación del daño moral en el caso de incumplimientos contractuales, salvo en contadas excepciones en las que el propio contrato regula la reparación de este daño en caso de producirse. Frente a esta doctrina, la tesis jurisprudencial mayoritaria suele admitir, con no rígorosas matizaciones, la posibilidad de reparación del daño moral a raíz de los incumplimientos contractuales.

En el ámbito del Derecho Laboral, la indemnización por daños morales corresponderá **cuando se haya determinado la existencia de vulneración a un derecho fundamental**, tal como dispone el artículo 179.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, “LRJS”).

Es por tanto esta indemnización la única herramienta que puede compensar los daños morales y en este sentido: "de ahí que sólo se pueda compensar mediante indemnización, como todos los daños morales, porque el daño está ya producido y no puede desaparecer, sólo se compensa a su titular por ese daño sufrido" (STSJ And\Sevilla 19 de mayo 2022 (rec.Núm. 2453/2020).

El juez, será quien determine la cantidad exacta a resarcir, cuestión no poco polémica para la cual se han venido fijando principios de (i) prudencia, (ii) suficiencia y (iii) contribución a prevenir el daño.

Además, también existen diversos criterios orientadores, entre los cuales destacan los siguientes:

- (i) El artículo 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (“**LISOS**”), que regula la cuantía de las sanciones en el orden social. Criterio avalado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, según el cual ha de atenderse a las circunstancias particulares del caso para determinar la cuantía concreta.
- (ii) Las tablas contenidas en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuyos criterios para proceder a su correcta aplicación y compensar el daño moral se vienen estableciendo jurisprudencialmente, como en las SSTSJ País Vasco 2 junio de 2015 y 5 de septiembre.
- (iii) Una anualidad del salario bruto afectado (STSJ Madrid 18 de enero de 2016).
- (iv) Una cuantía prudencial, al arbitrio del juez (STSJ Castilla la Mancha 21 de diciembre de 2017).

De ello, se extrae que la finalidad de las indemnizaciones por daños morales en el ámbito laboral (y de todas, en general), **es reformativa y preventiva**. Para demostrar la función preventiva, los abogados de ambas partes deben describir los hechos, la situación de la empresa y del trabajador. Esto consiste en:

- (i) En defensa de la empresa: demostrar que la conducta empresarial fue diligente o, en todo caso, que no fue perniciosa. Esta prueba puede rebajar la indemnización por perjuicio moral considerablemente.
- (ii) En defensa del trabajador: demostrar que la empresa ha tenido una conducta manifiestamente despreciativa hacia el ordenamiento legal, o cualquier otro elemento probatorio de eficacia análoga, lo cual ha desencadenado un perverso perjuicio susceptible de reproche por la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.
- (iii) La valoración de la gravedad de los daños ocasionados, ya sean patrimoniales, como la duración de una incapacidad temporal, por ejemplo, fácilmente cuantificables en lo que represente gastos médicos o pérdida de ingresos ya sean extrapatrimoniales, referidos al dolor y sufrimiento del trabajador.

- (iv) La finalidad disuasoria de la indemnización, a fin de que no resulte desproporcionada para la empresa, pero tampoco beneficiosa en el sentido de que resulte más atractivo pagar una pequeña indemnización que cumplir con la normativa.

En el contexto descrito, la reciente [Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2022](#) es clara en cuanto a la determinación de la existencia de daños morales siempre que se hayan vulnerado los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral. Así, manifiesta que “la existencia de una vulneración de derechos fundamentales que, en cuanto trasladada a la jurisdicción social, debe ser objeto de íntegra reparación”.

Por lo tanto, la cuestión objeto a resolver es esclarecer si, en el caso de acreditación de vulneración de derechos fundamentales, basta con solicitar la indemnización por daño moral, aunque sea de forma poco detallada, o bien hace falta concretar las bases de la cuantía pedida, sin que sea suficiente hacer alusión a los criterios de la LISOS.

En este caso, la doctrina recuerda que el juez será quien establezca prudencialmente la cuantía a resarcir, sin que pueda exigírsele al reclamante la aportación de bases concretas y exactas para la determinación de dicho importe, en tanto que en este asunto de daños morales, se produce *la* “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio”.

Es por ello por lo que en ningún caso cabría denegar el reconocimiento de la indemnización de daños morales, a pesar de que ni siquiera se hayan acreditado bases exactas para el cálculo de lo pedido, siempre que se demuestre la vulneración de algún derecho fundamental del trabajador.

A la luz de lo expuesto, vemos que la controversia da lugar al reconocimiento **de que sea el órgano judicial el que establezca, de forma prudente, la cuantía a indemnizar por daños morales**, sin que quepa exigírsele al reclamante la aportación de bases concretas, exactas ni precisas para su determinación, al considerar el Tribunal que esta materia no cuenta con parámetros sólidos que permitan cuantificar con precisión, en términos económicos, el daño moral. De estas consideraciones se desprende la mayor discrecionalidad del juez en el momento de valorar la cuantía y la disolución de la relevancia para el cálculo de la indemnización.

De esta manera, la exigencia de concurrencia de una circunstancia relevante para la indemnización por perjuicio moral ha de excepcionarse en cuanto se esté en presencia de una vulneración de un derecho fundamental, cuya estimación económica detallada resulta compleja al tratarse de “los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica”.

Por lo tanto, en relación con lo dispuesto en artículo 183 de la LRJS, sobre la necesidad de indicar en la sentencia la cuantía de indemnización, una vez acreditada la vulneración de derechos fundamentales, la presente sentencia expresa que la exigencia de la identificación de “circunstancias relevantes para la

Pérez-Llorca

determinación de la indemnización solicitada” no opera en los casos en que resulte difícil el cálculo de una estimación exacta.

A modo de conclusión, esta sentencia viene a determinar, que no es correcta otra interpretación del texto de la LRJS que no sea la de proceder a la indemnización por daños morales en caso de que se tenga por acreditada una vulneración de los derechos fundamentales en el ámbito social, a pesar de que las cantidades de la cuantía pedida no vengan determinadas ni de forma precisa ni exacta. La última palabra a este respecto será la del órgano juzgador, el cual procederá a su cálculo basándose en los criterios expuestos y aplicándolos de forma prudente, suficiente y a fin de contribuir a prevenir el daño.

En suma, es esperable que se vaya normalizando en el seno de la jurisdicción social la valoración y cuantificación de la necesaria indemnización por daños y perjuicios que no se entiende satisfechos con la pura declaración de la existencia de lesión de derechos fundamentales, abriendo criterios interpretativos que, ausentes de nuestra normativa en sentido estricto, cuentan con interesantes antecedentes en otras jurisdicciones y con elementos objetivos propios o importables a nuestro ámbito desde otras disciplinas.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Destacamos en este mes de mayo las siguientes novedades legislativas:

Expedición de autorizaciones de trabajo y autorizaciones a ciudadanos extranjeros: tasa 038. Resolución de 25 de mayo de 2022, de la Subsecretaría, por la que se establece el procedimiento para la liquidación y el pago por vía telemática de la tasa con código 038, «Expedición de autorizaciones de trabajo y autorizaciones a ciudadanos extranjeros». BOE 131/2022, 2 de junio.

Salud Laboral. Protección contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos. Real Decreto 395/2022, de 24 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. BOE 124/2022, 25 de mayo.

Medidas Laborales. Protección civil. Orden TES/443/2022, de 17 de mayo, por la que se dictan las normas para la aplicación de las medidas laborales y de protección por desempleo previstas en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, en las zonas afectadas gravemente por emergencias de protección civil como consecuencia de incendios forestales, inundaciones y otros fenómenos de distinta naturaleza. BOE 120/2022, 20 de mayo.

Transporte por carretera. Control de la jornada laboral de los conductores. Resolución de 6 de mayo de 2022, del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la que se establecen procedimientos de control de la jornada laboral de conductores en el sector de transportes por carretera, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2020/1057, de 15 de julio. BOE 119/2022, 19 de mayo.

Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. Resolución de 29 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establece la planificación general de las actividades preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en sus planes de actividades del año 2022. BOE 109/2022, 7 de mayo.

Plan Anual de Política de Empleo para 2022. Resolución de 26 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de abril de 2022, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre. BOE 106/2022, 4 de mayo.

OTRAS NOVEDADES

Ministerio de Trabajo. OIT en Ginebra la ratificación de los Convenios 177 y 190.

Tribunal Constitucional. Asuntos en trámite de admisibilidad. Reforma Laboral.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

EL TRIBUNAL SUPREMO ACLARA LA ACCIÓN A EJERCITAR EN CASO DE NEGATIVA EMPRESARIAL A REINCORPORACIÓN TRAS EXCEDENCIA VOLUNTARIA

María Duet · Abogada

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 315/2022 de 6 Abril de 2022 (Rec. 200/2021)

La relevancia de la presente sentencia deriva del claro análisis desarrollado por el Tribunal Supremo respecto a los dos posibles tipos de acciones de que dispone un trabajador cuando, tras una excedencia voluntaria, no puede reincorporarse en su puesto de trabajo, diferenciando a tal efecto las situaciones en las que la empresa simplemente manifiesta que no existe una vacante que se ajuste al nivel profesional del trabajador, de aquellos otros casos en que se produce una clara e inequívoca voluntad extintiva por parte de la empresa.

Pues bien, en el caso enjuiciado, tras disfrutar de una excedencia voluntaria por tres años, el trabajador en cuestión solicita su reincorporación en Repsol Exploración, S.A. (la “**Empresa**”) en virtud del derecho preferente al reingreso contemplado en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores. Por parte empresarial, si bien consta probado que se realizan una serie de gestiones internas con el fin de identificar una plaza que se pudiese adecuar al nivel profesional del trabajador, en febrero de 2019, se deniega la solicitud de reincorporación del mismo por entender la empresa que no existen actualmente vacantes coincidentes con su perfil profesional. Ante esta situación, el actor procede a demandar a la Empresa por despido, y así, en instancia, el Juzgado de lo Social absuelve a la Empresa, al apreciar la excepción de falta de acción y declarando la inexistencia de un despido. Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por el trabajador ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia estimando dicho recurso, al considerar que constan acreditados indicios de la existencia de vacantes adecuadas, concluyendo finalmente que dicha circunstancia revela por sí misma la voluntad extintiva por parte de la Empresa que, pese a aparentar la imposibilidad de reincorporar al actor por falta de vacantes, lo que está haciendo realmente es negar su reincorporación.

La Empresa interpone así recurso de casación para la unificación de doctrina con el objeto de que se declare la inexistencia de un despido, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de octubre de 2020 (rec. 3131/2009). En este caso, la Sala realiza una distinción de las posibles vías impugnatorias ante la negativa empresarial a la petición de reingreso del excedente voluntario, las cuales, explica el órgano judicial, no son optativas o de libre elección, por ser obligado el trabajador a utilizarlas en cada caso según proceda:

- (i) Por un lado, identifica la acción por despido, la cual procede cuando el empresario manifiesta de manera inequívoca su voluntad extintiva; tal acción deberá reservarse, pues, para los casos en que se niegue cualquier vínculo laboral con el trabajador.

Pérez-Llorca

- (ii) Por otro lado, el trabajador dispone igualmente del procedimiento ordinario, el cual deberá ejercitarse en aquellas situaciones en la que la parte empresarial se limita a negar la existencia de vacante, sin cuestionar la pervivencia de la relación laboral en cuestión.

Entiende el Alto Tribunal que la interpretación correcta deriva de la sentencia referencial, por cuanto aun en el caso en que se hubiera probado efectivamente la existencia de vacantes en la empresa, esta situación no acreditaría, sin más, la voluntad extintiva de la empresa, evidenciando simplemente el incumplimiento del derecho preferente de reingreso. Además, si la negativa empresarial a reincorporar al excedente pese a la existencia de vacantes constituyera necesariamente un despido, todos estos conflictos deberían canalizarse mediante la acción de despido, puesto que todos ellos tratarían sobre la existencia o inexistencia de vacantes adecuadas. Por lo tanto, la Sala considera que, dado que no se ha acreditado claramente que la Empresa haya manifestado de manera rotunda e inequívoca que procedía a extinguir el contrato de trabajo del demandante, la acción en este caso debió canalizarse a través del procedimiento ordinario.

En definitiva, consideramos que esta sentencia establece un régimen favorable para las personas trabajadoras en excedencia, ya que las mismas podrán, durante un periodo de un año tras la negativa empresarial de reincorporación, reclamar esta pretensión mediante el procedimiento ordinario, lo que, en caso de sentencia estimatoria, daría derecho al reingreso y al debido cobro de los salarios dejados de percibir y, en caso de sentencia desestimatoria, posibilitaría el ejercicio de una posterior acción por despido con derecho a las correspondientes indemnizaciones.

LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE “NO APTO” EN EL RECONOCIMIENTO MÉDICO EN EL DESPIDO

Sarah Scheerlinck · Abogada

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, 177/2022 de 23 de febrero de 2022 (Rec. 3259/2020)

1. El despido objetivo por ineptitud sobrevenida

El despido objetivo por ineptitud de la persona trabajadora aparece recogido en el artículo 52.a del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“ET”). En él se muestra una potestad empresarial de despido objetivo, al que el empleador puede recurrir cuando el trabajador presente una ineptitud desarrollada con posterioridad a la efectiva ocupación del puesto de trabajo.

Además de las notas señaladas, la ineptitud sobrevenida se define por (i) una disminución del rendimiento, no imputable a la persona trabajadora; (ii) que esta bajada repercuta sobre el conjunto del trabajo efectivamente realizado; (iii) que lo haga de forma definitiva y no temporal y; (iv) que cause unos resultados negativos en el rendimiento de la persona trabajadora.

Por tanto, podemos deducir que ante una ineptitud sobrevenida lo que se aprecia es una incompatibilidad entre la persona trabajadora y el puesto que venía desempeñando, por lo que el empleador se ve en la necesidad objetiva de amortizar el puesto de trabajo, siendo la nota más diferenciadora la disminución no querida ni voluntaria, pues, en este caso, nos situaríamos ante un posible despido disciplinario del artículo 54.2, letra e) del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha venido entendiendo que para medir este descenso en el rendimiento bien (i) se puede comparar con el rendimiento medio obtenido por otros compañeros en circunstancias similares o (ii) compararlo con el rendimiento que viene logrando la persona trabajadora en idénticas condiciones.

Con todo, la ineptitud sobrevenida puede estar causada por múltiples factores, como (i) físicos o mentales, (ii) enfermedad o accidente de cualquier tipo; (iii) la pérdida de permisos necesarios para el trabajo (como puede ser, el carnet de conducir, la manipulación de alimentos, la no superación de un examen o título, etc.) o (iv) la no superación del reconocimiento médico, con resultado de no apto. Es en este último precepto donde queremos centrarnos, de cara a analizar las repercusiones que el informe realizado por el servicio de prevención puede tener en un posible despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

2. No superación del reconocimiento médico

Para garantizar la salud laboral, el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (“LPRL”) ordena al empresario realizar la prevención de los riesgos laborales mediante servicios de prevención y profesionales, así como la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Además, el artículo 22 del mismo texto legal, establece que el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud. Con carácter general, estos reconocimientos serán siempre voluntarios para la persona trabajadora, salvo algunos supuestos tasados, como (i) que resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los empleados; (ii) para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los compañeros o para otras personas, o (iii) si así lo manda una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Una vez sucede el reconocimiento médico, el servicio de prevención emitirá un informe que deberá contener información sobre el puesto de trabajo de la persona evaluada, en relación con su salud laboral, sus circunstancias y condicionantes. Puesto que se tratan datos confidenciales relativos a la salud de la persona trabajadora, entre los datos que se envían a la empresa sólo se hace constar: (i) apto, sin nada más que añadir; (ii) apto con limitaciones, en cuyo caso se deberán especificar que tareas no puede llevar a cabo la persona trabajadora y (iii) no apto, en cuyo caso el trabajador no podría continuar en su puesto de trabajo, al existir un peligro para su salud.

En cualquier caso, esta obligación de trasladar al empresario sus conclusiones sobre el reconocimiento efectuado, tiene por finalidad fundamental asegurar que el empresario tome las medidas precisas para evitar cualquier riesgo del trabajador afectado, pero no permite concluir sin más que el trabajador esté incapacitado para el desempeño de su profesión. Para que estos informes tengan suficiente valor probatorio para acreditar la ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora deberá indicar, cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por la persona trabajadora.

A mayor abundamiento, no sería suficiente con este resultado negativo del informe del servicio de prevención, ya que, como hemos indicado, el empresario deberá acreditar que (i) existe una aptitud menor en términos comparativos, (ii) que incide sobre su puesto de trabajo; (iii) que es involuntaria; y (iii) que es definitiva.

3. [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, 177/2022 de 23 de febrero de 2022 \(Rec. 3259/2020\)](#)

Un trabajador encargado de diferentes obras por toda la Península viene padeciendo distintas dolencias de tipo lumbar, por lo que encadena sucesivas bajas temporales hasta que finalmente el Instituto Nacional de Seguridad Social le deniega la incapacidad permanente. Tras ello, debe reincorporarse a su puesto de trabajo, consistente en visitar las obras con el fin de controlar la adecuación de los trabajos —lo que supone, recorrer largas distancias en vehículo—, por lo que la empresa procede a realizarle un reconocimiento médico de retorno al trabajo con la mutua con la que tenía concertada la prevención de riesgos laborales. Dicho reconocimiento concluyó como “no apto” para las tareas propias de encargado de obra, aunque, sin identificar de ningún modo las limitaciones del trabajador, pues, únicamente lista genéricamente las funciones propias de su categoría, concluyendo que no está en condiciones de conducir, actividad que supone el 75% de su tiempo de trabajo.

Posteriormente, la empresa le comunica la decisión de extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas, por ineptitud sobrevenida. Frente a tal decisión, el trabajador formuló demanda impugnando su despido y, solicitaba la declaración de nulidad del mismo, por vulneración del derecho a la salud, y, subsidiariamente, la improcedencia.

En primera instancia, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria-Gasteiz declara la nulidad del despido, al estimar que el informe de la Mutua no tiene entidad suficiente como para declarar probada la ineptitud del trabajador. La empresa recurre en suplicación, y la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco si determina que el despido es procedente, considerando que el informe tiene entidad suficiente para probar la ineptitud sobrevenida.

En casación, el Tribunal Supremo se centra en determinar si el informe del servicio de prevención ajeno, tiene valor por si solo para cumplir las cargas probatorias exigidas por el artículo 122.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (“LRJS”). En este sentido, cabe recordar que, corresponde al empresario probar la ineptitud sobrevenida y los extremos mencionadas en la carta de despido, tal y como se desprende de la LRJS y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; debiendo el trabajador probar su aptitud o, que la ineptitud era conocida y consentida por el empresario.

Pues bien, razona el Alto Tribunal que la simple declaración de no aptitud no es causa automática para llevar a cabo la extinción del contrato al amparo del artículo 52.a) del ET, pues, en función de las conclusiones médicas recogidas, el empresario debe introducir medidas de protección y prevención y, sólo recurrir al despido cuando pueda justificar la imposibilidad de continuar con la relación laboral sin merma de la salud de la persona trabajadora.

No obstante, señala que ello no implica, sin más, que los informes controvertidos no tengan ningún valor probatorio, pero, no es suficiente con listar genéricamente las limitaciones del trabajador, pues, ha de precisar: (i) cuáles son las limitaciones concretas detectadas; y, (ii) su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador.

En suma, el Tribunal Supremo, en este supuesto, donde, repetimos, el informe no concretaba detalladamente la implicación de las dolencias del trabajo sobre su rendimiento y, donde la empresa no logró acreditar más allá del reconocimiento médico la ineptitud sobrevenida, el despido efectuado se declara improcedente, frente a la nulidad inicialmente decretada en primera instancia y la posterior procedencia.

4. Conclusiones

En definitiva, con esta sentencia, el Tribunal Supremo mediante la valoración de la incidencia del informe del servicio de prevención, recalca la importancia de la empresa en la carga de la prueba, que ha de demostrar que se tomaron medidas de ajuste razonables antes de proceder a la extinción de la relación laboral.

No obstante lo anterior, y ya que por cuestiones de privacidad y confidencialidad de los datos personales que contiene el informe de reconocimiento médico, los servicios de prevención sólo hacen constar el estado de la persona trabajadora como “no apta”, pero, se ha de insistir en poner

en relación este término con las funciones de su puesto de trabajo, incidiendo en el riesgo que supondría para su salud.

Además, creemos altamente aconsejable en estos casos que la carta de despido incida muy exhaustivamente en las razones y justificaciones por las cuales la persona trabajadora no es apta para el puesto de trabajo y, aunque no resulte obligatorio legalmente, que se expliquen las razones pertinentes sobre la inexistencia de otro puesto de trabajo dentro del grupo profesional, así como, que no ha sido posible dar con una reubicación. No obstante, sobre este punto, se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 10 de febrero de 2022 (Asunto C-485/20) donde, analizando la Directiva 2000/78 y legislación nacional belga, ha determinado que cuando una persona trabajadora es considerada como no apta para ocupar su puesto debido a una discapacidad (sería un supuesto diferente al de la sentencia nacional estudiada, pues aquí se trataría de una incapacidad o minusvalía reconocida), la empresa debe de realizar un cambio de puesto siempre que no suponga una carga excesiva.

EL SUPREMO CONFIRMA EL CRITERIO SOBRE LA EXIGENCIA DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA A FECHA DE ABONO DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE

Carlos Zaera · Abogado

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo nº 308/2022 de 5 de abril de 2022 (rec. Núm. 151/2021)

Los objetivos y requisitos exigidos por las empresas para abonar la retribución variable son objeto de examen y control por nuestros tribunales. En este supuesto se analiza si es posible que las empresas impongan a los trabajadores estar de alta en la empresa en el momento del pago de la retribución variable para su abono.

El Tribunal Supremo, en su [sentencia de la Sala de lo Social 308/2022 de 5 de abril de 2022 \(rec. Núm. 151/2021\)](#) declara la nulidad del requisito empresarial por el que se exigía a los trabajadores, para la percepción de la retribución variable, estar dados de alta en la Seguridad Social en el momento del pago. En este sentido, el Tribunal Supremo entra a valorar la legalidad de los requisitos que exijan estar de alta en la Seguridad Social en la empresa en el momento del pago de una determinada retribución variable para la percepción de dicha remuneración variable.

Pues bien, en el caso enjuiciado existe en la empresa un sistema de incentivos de concesión voluntaria, sujeto a la consecución de determinados objetivos. Un sistema que fue implantado unilateralmente por la empresa desde hace tiempo. Entre los requisitos exigidos a los trabajadores se encuentra la obligación de estar en alta en la Seguridad Social en la empresa (o en el grupo al que pertenece la misma) en la fecha de abono del incentivo. En el caso de no estar de alta en la fecha de la liquidación, los trabajadores no percibirán cantidad alguna, incluso si se han cumplido todos los objetivos como si se ha prestado servicios durante todo el periodo de devengo.

Ante este supuesto, la sentencia aquí analizada, reiterando el criterio que venía aplicando el Tribunal Supremo, ha declarado la nulidad del requisito por el que se exigía a los trabajadores estar de alta en la empresa en el momento del pago de la retribución variable para su abono.

La Sala considera que se debe declarar la nulidad del citado requisito ya que, atendiendo a la finalidad empresarial de todo incentivo económico, el objetivo de la retribución variable es la de incentivar y fomentar la productividad de los trabajadores. Así, para el devengo de la retribución variable en el caso de autos se fijaron determinados objetivos, de carácter individual y de empresa, sin que en ningún punto se establezca la fijación de objetivos por permanencia en la empresa. Por lo tanto, no es posible exigir a los trabajadores su permanencia en la empresa en la fecha en que se abone la retribución variable toda vez que dicho requisito no guarda relación alguna con los objetivos fijados para su percepción.

Adicionalmente a lo anterior, el Tribunal Supremo razona que debe ser nulo el requisito por el que se impone a los trabajadores estar de alta en la empresa en el momento del pago de la retribución variable ya que constituye una clara desigualdad entre la empresa y los trabajadores. Lo anterior es consecuencia de que aceptar la legalidad del citado requisito dejaría al solo arbitrio de la empresa el que los trabajadores finalmente recibiesen el incentivo, ya que la empresa puede finalizar la relación laboral tras

Pérez-Llorca

superarse el periodo de devengo y con anterioridad a la fecha de abono, negando así su percepción a los trabajadores, abriendo la vía incluso a eventuales decisiones ilegítimas movidas en exclusiva por la exclusión de percibir, complemento retributivo en cuestión. En efecto, la empresa podría llevar a cabo despidos objetivos, despidos disciplinarios, despidos colectivos o, incluso, fomentar que los trabajadores solicitasen la extinción de su contrato de trabajo ante una eventual modificación sustancial de las condiciones de trabajo para producir el efecto anticipado.

Del mismo modo, se recoge en la sentencia que el requisito por el que se obliga a los trabajadores a estar de alta en la empresa en el momento del pago es nulo por el hecho de que podría no abonarse la retribución variable por circunstancias no imputables a la voluntad de los trabajadores, como podría suceder en los casos de fallecimiento, incapacidad permanente o jubilación. Así, señala el Tribunal Supremo, estas circunstancias no pueden suponer un impedimento para la percepción de la retribución variable si devengada en momento anterior a la baja en la Seguridad Social.

Por último, y como consecuencia de todo lo anterior, establece el Tribunal Supremo que asumir la validez del requisito que exija estar de alta en la empresa en el momento del pago para percibir la retribución variable supondría un enriquecimiento injusto por parte de la empresa que se vería beneficiada del trabajo realizado y evita su retribución a los trabajadores.

En conclusión, el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, ha declarado la nulidad del requisito por el que se exigía a los trabajadores estar de alta en la empresa en el momento del pago de la retribución variable para su abono, impidiendo que este efecto puramente formal produzca consecuencias materiales contrarias a la finalidad propia y razón de ser de las retribuciones variables, que premian, por los resultados de la empresa, a quienes participaron en su consecución, cualquiera que sea el posterior destino de los mismos y su no permanencia en la empresa donde se causaron.

SOBRE LA VALIDEZ DE LA PRUEBA DE VIDEOVIGILANCIA PARA JUSTIFICAR UN DESPEDIDO

Álvaro Arboleya · Abogado

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 285/2022 de 30 de marzo. (rec. Núm. 1288/2020)

Este recurso de casación para la unificación de doctrina analiza la validez de la prueba de videovigilancia como medio probatorio para justificar un despido.

Consta acreditado que, en el caso de autos, el actor prestaba servicios para la empresa en el servicio de cafetería y hostelería y fue despedido por haber realizado hurtos. La empresa instaló cámaras fijas en determinados puntos de venta para intentar reducir y prevenir el problema de la pérdida desconocida en el comercio al por menor. La grabación era continuada y orientada a medir la calidad del producto y servicio y el control del procedimiento de la caja registradora en las ventas. Se informó a los representantes de los trabajadores de los cambios de ubicación de las mismas, así como de la instalación de nuevas cámaras. Interesa destacar igualmente que no se comunicó al actor la captación de su imagen durante el desempeño laboral ni la utilización para fines disciplinarios. Las grabaciones eran aleatorias, y en la empresa existían distintivos informando de su existencia.

La sentencia recurrida argumenta que no se acredita que la empresa tuviera sospechas o indicios de la existencia de una acción de algún empleado que hubiera dado lugar a la instalación de sistemas de video vigilancia, constando probado que la actividad de videovigilancia era continuada, efectuándose comprobaciones aleatorias, lo que hubiera exigido una información adecuada que no se produjo.

El Tribunal Supremo recuerda la reiterada doctrina que viene aplicándose sobre esta cuestión. Esta doctrina emana del Tribunal Constitucional (STC 39/2016, de 3 de marzo RTC 2016,39), y se puede resumir en lo siguiente:

Teniendo el trabajador información sobre la instalación de cámaras de videovigilancia a través de distintivo informativo y tratándose las imágenes para el control laboral no se puede entender vulnerado el art. 18.4 CE, a lo que se añade, por otro lado, que existiendo razonables sospechas de que se están cometiendo ilícitos, la medida resulta idónea para la finalidad pretendida, necesaria y equilibrada, por lo que se concluye entendiendo que tampoco se vulnera el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

Aplicando la citada doctrina al supuesto de autos, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones:

- (i) El tratamiento de datos de carácter personal del trabajador consecuencia de la videovigilancia no requiere del consentimiento del art. 6 de la LOPD, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral. Solamente era necesario cumplir con el deber de información.
- (ii) En el supuesto a enjuiciar las cámaras estaban señalizadas con carteles informativos que permitían que tanto trabajadores como clientes tuvieran conocimiento de su presencia,

habiéndose informado a la RLT del tal medio de vigilancia. La instalación de las cámaras de videovigilancia estaba justificada por razones de seguridad, en sentido amplio, esto es, evitar hurtos, en una medida que puede calificarse como necesaria, debido a la inexistencia de otros medios menos intrusivos, así como proporcionada a los fines perseguidos, habiéndose utilizado el dato obtenido para la finalidad de control laboral. De esta manera, se trataba de una medida que satisfacía las exigencias de proporcionalidad aplicables a este tipo de medios de control de la actividad laboral y por tanto estaba justificada la limitación de derechos fundamentales en juego

¿Y si se añade un compromiso de no utilizar la videovigilancia con fines disciplinarios?

Conviene traer a colación, una [sentencia del Tribunal Constitucional, nº 160/2021, de 4 de octubre de 2021 \(rec. núm. 3884/2017\)](#), en la que el Tribunal Constitucional declara que no vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal (18.4 CE) utilizar grabaciones conocidas y consentidas, aunque se incumpla el compromiso de no utilizarlas como un mecanismo disciplinario.

El Tribunal considera que no vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) el utilizar por parte de la empresa las grabaciones sonoras de los asesores comerciales, conocidas y consentidas por los mismos, incumpliendo el compromiso asumido con la representación legal de los trabajadores, de no utilizarlas como mecanismo disciplinario. Ello es así, ya que inicialmente las grabaciones fueron utilizadas con fines de calidad del servicio, siendo esto a lo que se comprometió la empresa con los representantes de los trabajadores. La empresa había realizado varias advertencias al trabajador sobre incorrecciones de sus conversaciones con los clientes, y estas advertencias, tenían como finalidad la calidad del servicio, y se habían dado indicaciones para una actuación adecuada. Es la persistencia en el mantenimiento de una actitud renuente del demandante de amparo, al cumplimiento de las indicaciones de la empresa, la que posteriormente determinó el ejercicio de acciones disciplinarias. En definitiva, el TC considera que no se ha vulnerado el derecho a la protección de datos, y que la cuestión relativa a la posibilidad de sancionar al trabajador, por su persistencia a no asumir las indicaciones de la empresa, es cuestión que corresponde a los órganos judiciales, ajena al contenido del artículo 18.4 CE.

Por tanto, y a modo de conclusión, nuestra jurisprudencia viene permitiendo desde la perspectiva del derecho de protección de datos (18.4 CE) el uso de cámaras de videovigilancia en 2 supuestos:

- (i) Para el control laboral, aunque no se informe al trabajador de que se van a utilizar las grabaciones con fines disciplinarios.
- (ii) Utilizadas por fines de calidad del servicio, aun existiendo un compromiso de no utilizarlas para fines disciplinarios, en caso de que se le advierta al trabajador de su conducta y el mismo persista con actitud renuente.

Coordinadora de la Newsletter

Yolanda Valdeolivas García
Of Counsel de Laboral
yvaldeolivas@perezllorca.com
Tel: +34 91 389 01 80

Pérez-Llorca

Sede

Castellana 50
28046 · Madrid

—
Paseo de la Castellana, 259 A
28046 · Madrid

—
Diagonal 640, 8º A
08017 · Barcelona

—
17 Hill Street
W1J 5LJ · London

—
375 Park Avenue, 38th floor
10152 · New York

