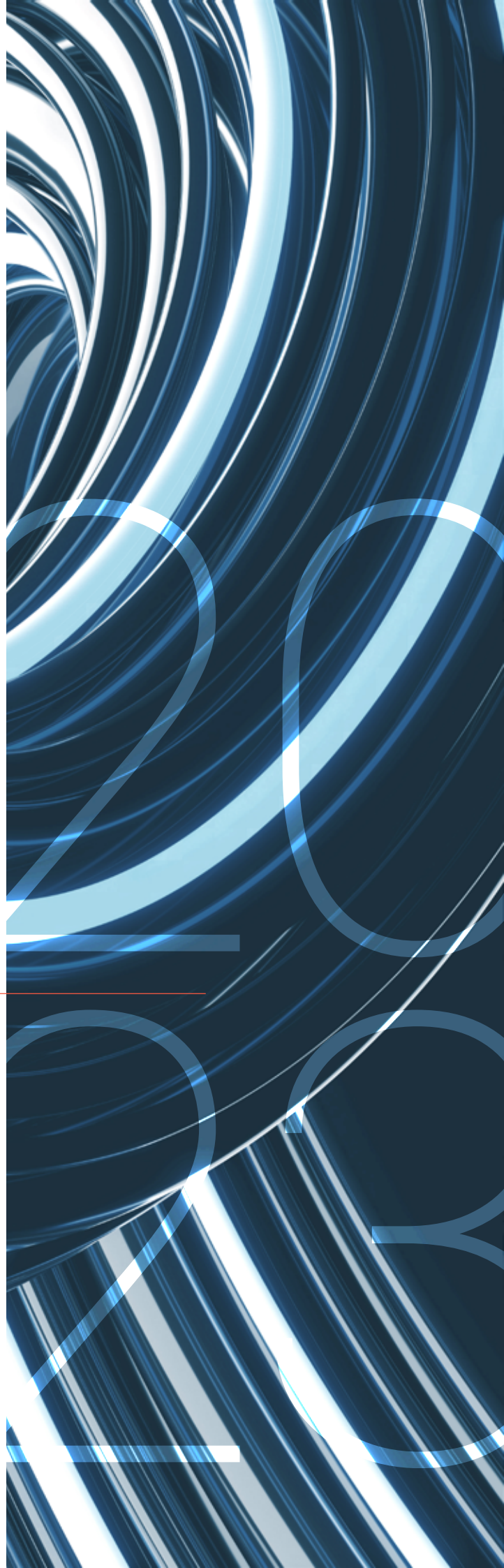


Pérez-Llorca

Newsletter  
**Laboral,  
compensación  
y beneficios**

---

MAYO 2023



# Índice

---

## ARTÍCULO DOCTRINAL

Sobre la pertinencia de la prueba obtenida a través de cámaras de vigilancia instaladas para una finalidad diferente a la de controlar las actuaciones llevadas a cabo por los trabajadores: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022 /3

## NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

**Seguridad Social. Accidentes de trabajo /9**

**Medidas urgentes. Prevención de riesgos laborales /9**

**Acceso a la jubilación anticipada por discapacidad. /9**

**Incentivos a la jubilación demorada. /9**

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Interpretación de la restricción del ejercicio del derecho a la libertad sindical en los supuestos de despido disciplinario durante el transcurso de la impugnación del despido en tanto no se dicte sentencia firme /10

El Tribunal Supremo condena a una empresa por computar como absentismo laboral para el devengo de un “premio por presencia” el tiempo destinado al seguimiento de una huelga /12

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara que el solapamiento de un festivo con el descanso semanal no obliga a la empresa a compensarlo con otro día distinto /14

Despido nulo durante el periodo de prueba por estar en situación de IT /15

## ARTÍCULO DOCTRINAL

# Sobre la pertinencia de la prueba obtenida a través de cámaras de vigilancia instaladas para una finalidad diferente a la de controlar las actuaciones llevadas a cabo por los trabajadores: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022

Carlos Zaera | Abogado

### 1. Consideraciones preliminares

Las nuevas tecnologías, ya no tan nuevas en algunos casos, siguen siendo objeto de debate por parte de nuestros tribunales. Así, hoy en día, no es difícil encontrar resoluciones judiciales que analicen cómo deben tratarse estas nuevas tecnologías, en atención al impacto que suponen en las personas y sus derechos fundamentales. Como cabe imaginar, resulta especialmente destacable en este contexto y dentro de la confrontación de intereses que representa (derechos de los trabajadores versus facultades directivas y de control de la actividad por parte de la empresa) el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 de la Constitución Española.

Como prueba de lo anterior, en su [Sentencia núm. 119/2022, de 29 de septiembre, el Tribunal Constitucional](#), ponderando, entre otros, el derecho a la intimidad de los trabajadores, y con un voto particular formulado por 5 magistrados, se ha pronunciado sobre la posibilidad de utilizar como medio de prueba en un procedimiento de despido las grabaciones obtenidas a través de cámaras de videovigilancia cuya finalidad inicial no guarda relación alguna con el ejercicio del poder disciplinario del empresario.

### 2. Historia del caso

El pasado 21 de junio de 2019, la sociedad Saltoki Araba, S.A. comunicó el despido disciplinario a un trabajador imputándole una transgresión de la buena fe contractual por entregar unos productos propiedad de la empresa a un tercero a cambio de un dinero en metálico del que se habría apropiado.

No estando conforme con el despido, el trabajador presentó la correspondiente demanda que dio lugar al procedimiento con número de autos 449/2019 seguido ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria. En la instancia se declaró la procedencia del despido tras valorarse como medios de prueba: (i) la grabación de la cámara de videovigilancia colocada en el interior del centro de trabajo y (ii) la declaración del gerente de la empresa, que manifestó haber revisado la cámara de videovigilancia *“al haber apreciado el día anterior que, en la zona interior del mostrador de atención al público donde prestaba servicios el trabajador despedido, se encontraba una bolsa con el signo identificativo de la competencia, conteniendo en su interior un producto de su propia empresa.”*

Consideró el Juzgado de lo Social, en línea con lo que más tarde fallaría el Tribunal Constitucional, que, aunque la cámara de videovigilancia no fue instalada en el marco del ejercicio de control y poder disciplinario del empresario, y consecuentemente los trabajadores no habían sido informados de dicha finalidad en relación con el tratamiento de sus datos personales, la grabación aportada por la empresa debía ser estimada como una prueba lícita y pertinente para resolver el procedimiento de despido. Para ello el Juzgado de lo Social tomó en consideración los siguientes motivos:

- i) La cámara de videovigilancia no estaba oculta ya que se encontraba a la vista de los trabajadores y del público que acudiera al centro de trabajo;
- ii) En el exterior del local se encontraba un cartel anunciando la existencia de cámaras de videovigilancia en el interior del local; y
- iii) El trabajador debía conocer que en el año 2014 un compañero de trabajo ya había sido despedido utilizando como medio de prueba para

acreditar la conducta sancionada en aquel entonces precisamente las grabaciones de las cámaras de videovigilancia.

Así, teniendo en cuenta tanto que el trabajador conocía la existencia de las cámaras de videovigilancia como que éstas no fueron instaladas para ejercer ningún tipo de control sobre los trabajadores, el Juzgado de lo Social declaró la licitud de la prueba para, finalmente y en coherencia con lo anterior, declarar la procedencia del despido.

No estando conforme, esta vez con la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, el trabajador presentó el correspondiente recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, revocando la calificación del despido realizada en la instancia, dictó la sentencia núm. 1211/2020, de 6 de octubre, por la que se declaraba la improcedencia del despido.

Frente a lo establecido por el Juzgado de lo Social, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideró que la grabación aportada por la empresa constituye una prueba ilícita y, siendo ilícita la prueba principal aportada para acreditar la causa del despido, se declaró la improcedencia de este.

Para ello, haciendo un detallado análisis de la normativa y jurisprudencia de aplicación, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideró que la aceptación por parte del Juzgado de lo Social de la grabación aportada por la empresa vulnera el artículo 18 de la Constitución Española (relativo al derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) y los artículos 87 y 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (relativos al derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo).

En aplicación de la citada normativa, recuerda la sentencia que resuelve el recurso de suplicación planteado por el trabajador que *“la utilización de imágenes para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores exige una información previa, expresa, clara y concisa”* sobre la finalidad de las imágenes, con la excepción de aquellas situaciones en las que se esté ante la comisión flagrante de actos ilícitos, en los que se entenderá que es suficiente con que los trabajadores conozcan (i) la existencia de las cámaras de videovigilancia, (ii) la identidad del responsable del tratamiento de los datos y (iii) la posibilidad de ejercer sus derechos sobre los datos obtenidos por las cámaras de videovigilancia.

Pues bien, considera la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, habiendo utilizado las cámaras de videovigilancia para proceder al despido de un trabajador en el año 2014, no puede acogerse la empresa a la excepción establecida en la normativa para el uso de cámaras de videovigilancia, relativa a la comisión flagrante de un acto lícito, ya que el empleador ha tenido tiempo suficiente para regularizar la situación e informar debidamente a los trabajadores de que las cámaras del centro de trabajo podrán ser utilizadas dentro de las funciones de control del empresario.

No estando conforme con el análisis jurídico realizado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y la consecuente declaración de improcedencia del despido, la empresa preparó recurso de casación para la unificación de doctrina que fue inadmitido por el Tribunal Supremo al apreciar falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia aportada de contraste.

De esta manera, habiendo agotado la vía jurisdiccional ordinaria, la empresa presentó ante el Tribunal Constitucional el correspondiente recurso de amparo por considerar que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco vulneraba determinados derechos fundamentales.

### 3. Motivos del recurso de amparo formulado por la empresa

La empresa, considerando que la sentencia que resuelve el recurso de suplicación vulnera su derecho a una tutela judicial efectiva, presentó recurso de amparo con base en 2 argumentos principales:

- i) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la empresa –artículo 24.1 de la Constitución Española - porque, al haberse determinado la ilicitud de la grabación de la cámara de videovigilancia, se ha visto privada de eficacia la declaración testifical del gerente de la empresa, que declaró que el trabajador habría reconocido los hechos en su presencia. Destaca la empresa en este motivo que la declaración testifical del gerente constituye un hecho admitido desde la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.
- ii) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la empresa –artículo 24.1 de la Constitución Española - en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y el derecho a un proceso con todas las garantías –artículo 24.2 de la Constitución Española -, por la indebida calificación de ilícita de la grabación de la cámara de videovigilancia aportada.

En este sentido, la empresa considera que, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 (asunto López Ribalda y otros c. España II), la prueba de la grabación de la cámara de videovigilancia aportada debe ser válida ya que (i) los trabajadores conocían la existencia de las cámaras y (ii) se trata de una prueba proporcional y necesaria (la revisión de la cámara de videovigilancia se llevó a cabo ante las sospechas del gerente de la existencia de un acto ilícito), idónea para el logro del fin perseguido (comprobar la existencia del acto ilícito) y necesaria (la grabación sirve para acreditar y probar el acto ilícito). Esto es, parecían darse en el supuesto controvertido todas las exigencias contenidas en la doctrina constitucional y en la jurisprudencia europea.

#### 4. Solución alcanzada por el Pleno del Tribunal Constitucional

Adelantándonos al fallo de la sentencia aquí analizada, el Tribunal Constitucional ha determinado que la declaración de ilícita de la grabación aportada por la empresa por parte del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco habría vulnerado su derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías para la defensa de su interés, en conexión, por tanto, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Así, para declarar lo ajustado a Derecho de la prueba consistente en la grabación de la cámara de videovigilancia colocada en el interior del centro de trabajo, el Tribunal Constitucional, tras realizar un análisis prolijo de la normativa y jurisprudencia de aplicación, ha considerado que con la aportación de dicha grabación por parte de la empresa (i) no se habría vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador (reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española y (ii) no se habría vulnerado tampoco el derecho a la protección de los datos personales del trabajador (reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución Española).

##### A. Sobre la no vulneración del derecho a la intimidad del trabajador

Como con toda la casuística en la que se produce una ponderación entre derechos fundamentales, y sin entrar por el momento en el derecho a la protección de datos del trabajador, para valorar la relación entre el derecho fundamental del trabajador a la intimidad personal y el derecho fundamental de la empresa a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba pertinentes, el Tribunal Constitucional recuerda que debe realizarse el, ya conocido por todos, triple test de proporcionalidad. De esta manera, haciendo una valoración de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, el Tribunal Constitucional alcanza idéntica conclusión a la que fue alcanzada en un primer momento por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria.

En primer lugar, respecto a la idoneidad de la grabación de la cámara de videovigilancia, considera el Tribunal Constitucional que la medida empresarial es idónea para acreditar la comisión del acto ilícito por parte

del trabajador, y prueba de ello es que la conducta ilícita fue confirmada a través de la grabación.

En segundo lugar, respecto a la necesidad de la grabación de la cámara de videovigilancia, entiende el Tribunal Constitucional que la grabación aportada por la empresa como prueba en el procedimiento de despido se confirma como necesaria, al no existir una medida menos invasiva que pudiera probar la comisión del acto ilícito con la misma eficacia. Así, en relación con la eficacia de la grabación, se debe tener en consideración que el propio Tribunal Superior de Justicia del País Vasco reconoció implícitamente esa misma eficacia de la grabación pues, al considerar ilícita la misma, el resto de las pruebas aportadas por la empresa, incluida la declaración del gerente a quien el trabajador había reconocido los hechos, fue suficiente para acreditar la procedencia del despido.

Por último, y en tercer lugar, el Tribunal Constitucional entiende que se ha cumplido con la proporcionalidad estricta exigida al utilizar la grabación para conocer y acreditar el acto ilícito llevado a cabo ya que (i) las cámaras de videovigilancia estaban instaladas en zonas de trabajo abiertas tanto a trabajadores como a terceros, y por lo tanto no existía una expectativa razonable de privacidad como podría ocurrir en áreas de descanso o de carácter reservado, (ii) las cámaras eran públicas y estaban a la vista de trabajadores y terceros, por lo que no puede advertirse que la empresa actuara de forma encubierta o subrepticia, y (iii) las cámaras no fueron utilizadas de manera genérica y mantenida en el tiempo en el marco de la función de control y poder disciplinario del empresario, sino que fueron empleadas concreta y específicamente para comprobar la comisión de un acto ilícito en un lugar y un tiempo concretos, de tal manera que la conducta empresarial no puede entenderse como desproporcionada en relación con el grado de intromisión y posible perjuicio generado en el derecho a la intimidad del trabajador.

Así, en aplicación del triple test de proporcionalidad, que se entiende contrastado en el supuesto, concluye el Tribunal Constitucional que nos encontramos ante una situación en la que no se habría vulnerado el derecho a la intimidad personal del trabajador contemplado en el artículo 18.1 de la Constitución Española.

### **B. Sobre la no vulneración del derecho a la intimidad en relación con la protección de datos del trabajador**

Por otro lado, en relación con el derecho a la protección de datos del trabajador, contemplado en el artículo 18.4 de la Constitución Española en el que se establece que “[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, el Pleno del Tribunal Constitucional ha considerado que no existe fundamentación jurídica alguna para considerar como ilícita la grabación de la cámara de videovigilancia aportada por la empresa.

Como se ha mencionado anteriormente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declaró ilícita la referida grabación en aplicación de los artículos 87 y 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. En concreto, se consideró ilícita la prueba obtenida a través de cámaras de videovigilancia para sancionar a un trabajador ya que, de acuerdo con los citados artículos, para que la empresa pueda utilizar cámaras de videovigilancia en el marco del poder disciplinario de la empresa deberá, como regla general, informar a los trabajadores de forma previa, expresa, clara y concisa. Así, esta regla general solo establece una excepción para aquellos casos en los que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito, en los que, para admitir la prueba obtenida a través de cámaras de videovigilancia, será suficiente con que se haya informado con un distintivo colocado en un lugar visible en el que se advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideró que la empresa no podía acogerse a la excepción contemplada en la norma para declarar la licitud de la prueba ya que, al haber despedido a un trabajador en el año 2014 utilizando ese mismo medio de prueba, resulta evidente que las cámaras instaladas en el centro de trabajo constituyen una herramienta más dentro de la esfera del poder de control del empresario. Por lo tanto, la empresa, como se anticipaba, habría tenido tiempo más que de sobra durante los 5 años transcurridos entre ambos hechos para informar a los trabajadores de que las imágenes obtenidas de las videocámaras podrían ser tratadas para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores.

Frente a este razonamiento, el Tribunal Constitucional vuelve a insistir en que la utilización de las grabaciones obtenidas por las cámaras de videovigilancia en el procedimiento de despido no supone una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, incluso si se confirma que la empresa está incumpliendo el derecho a la protección de datos de carácter personal, ya que:

- i) Si las cámaras de videovigilancia están instaladas en zonas públicas del centro de trabajo a las que tienen acceso clientes y terceros, no parece lógico que dichas grabaciones pudieran ser utilizadas para acreditar un hurto cometido por parte de un cliente pero que no pudieran serlo para acreditar un hurto cometido por parte de un trabajador.
- ii) El hecho de que las cámaras de videovigilancia se utilizasen para acreditar un despido en 2014, aunque podría servir para acreditar eventualmente que la empresa no ha cumplido sus obligaciones en materia de información, tal como indica el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sí sirve, en cambio, para acreditar que el trabajador efectivamente conocía tanto la existencia de las cámaras de videovigilancia como que éstas podían ser utilizadas por la empresa para sancionar a un trabajador.
- iii) Existió una comisión flagrante de un acto ilícito inicial que derivó en que la empresa acudiese a revisar las cámaras de videovigilancia a través de las cuales se acreditó la apropiación indebida del trabajador, encajando así esta situación en la excepción ya mencionada y contenida en el artículo 89.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Por estos motivos, aunque se podría declarar que en esta circunstancia la empresa no ha cumplido con los deberes de información en relación con la protección de datos de los trabajadores al usar de manera más o menos habitual las cámaras de videovigilancia para llevar a cabo funciones de control de los trabajadores, el Pleno del Tribunal Constitucional concluyó que no estamos ante una lesión del derecho a la intimidad en su vertiente del derecho a la protección de datos.

#### 5. Voto particular emitido por 5 magistrados

La sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional cuenta con un voto particular emitido por 5 magistrados en el que se abordan el control constitucional sobre el alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y la incidencia en el derecho a la protección de datos de carácter personal del deber de información a los trabajadores sobre la utilización de cámaras de videovigilancia en la esfera de control del empresario.

Es especialmente relevante el análisis realizado en relación con el control constitucional sobre el alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en el voto particular ya que, de haber sido el criterio mayoritario seguido por el Pleno del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo habría sido inadmitido por no tratarse de una cuestión sobre la vulneración de derechos fundamentales en sí misma.

Así, se considera en este voto particular que el recurso de amparo formulado por la empresa persigue en realidad que se resuelva sobre la correcta

aplicación del derecho a la intimidad del trabajador, siendo este análisis el realizado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco para declarar la ilicitud de la prueba, y no sobre un derecho del que la empresa es titular (el derecho a la utilidad de la prueba pertinente), siendo este caso en el que, conforme a Derecho, procedería admitir el recurso de amparo formulado por la empresa.

## 6. VI. Conclusión

Como se indicaba al inicio, algunas nuevas tecnologías ya no son tan nuevas, se han convertido en herramientas usuales en el ámbito laboral y en el ejercicio de los poderes directivos y debemos asumir que forman parte del día a día tanto dentro como fuera del entorno laboral. En consecuencia, sentencias como la aquí analizada son interesantes para delimitar la afectación de los derechos que puedan verse afectados como consecuencia de la integración de las nuevas tecnologías en la esfera social, porque, sin perjuicio del análisis concreto de las condiciones concurrentes para producir un determinado resultado de licitud o ilicitud, permiten extraer criterios generales válidos para todo supuesto, o criterios interpretativos que susceptibles de ofrecer mayor certidumbre que el genérico carácter de las disposiciones legales acerca de los límites de la legitimidad o no de la utilización de dispositivos digitales por parte de la empresa para el ejercicio de sus facultades directivas

En opinión de quien suscribe, tanto la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social como la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional aciertan al reconocer el derecho de la empresa a utilizar la prueba consistente en una grabación de una cámara de videovigilancia cuando se ha tenido conocimiento por parte del empleador de la comisión de un acto ilícito.

El Derecho no es más que un conjunto de reglas y excepciones a las anteriores y, como se puede comprobar, la solución jurídica del caso analizado deriva exclusivamente de la aplicación directa de lo establecido en el artículo 89.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y a priori resulta muy sencilla:

1. Como regla general, para que el empresario pueda utilizar datos obtenidos a través de cámaras de videovigilancia en el marco de su poder de control, la empresa deberá informar previamente de manera expresa, clara y concisa que los datos obtenidos por las cámaras podrán ser utilizados por la empresa en el marco de la relación laboral.
2. Como excepción a la regla general, en aquellos casos en los que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores y no se haya cumplido la obligación de información por parte del empresario contenida en la regla general, se podrán utilizar los datos captados por las cámaras de videovigilancia siempre que (i) se haya informado con un distintivo colocado en un lugar visible en el que se advierta sobre la existencia de las cámaras, (ii) se identifique a su responsable y (iii) se informe de los derechos derivados del tratamiento de los datos.

En todo caso, dada la amplitud y heterogeneidad de los usos de la digitalización en la empresa y el siempre delicado equilibrio de su uso con la afectación a derechos fundamentales de los trabajadores, es más que seguro que seguirán produciéndose pronunciamientos de interés a lo que habrá que seguir atentos para completar las normas y para interpretarlas en su sentido más conforme y respetuoso con los intereses que están en juego.



### NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

#### **Seguridad Social. Accidentes de trabajo**

**Orden ISM/450/2023, de 4 de mayo**, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no incapacitantes.

#### **Medidas urgentes. Prevención de riesgos laborales**

**Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo**, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas. Incorpora una serie de medidas de carácter laboral y de Seguridad Social. Así, se modifica el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, al que añade una disposición adicional única sobre las condiciones ambientales en el trabajo al aire libre, la cual dispone la obligación de la adaptación de las condiciones de trabajo, incluida la reducción o modificación de la jornada en caso de que se emita un aviso de nivel rojo o naranja.

› [Ver aquí nota jurídica](#)

#### **Acceso a la jubilación anticipada por discapacidad.**

**Real Decreto 370/2023, de 16 de mayo**, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

#### **Incentivos a la jubilación demorada.**

**Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo**, por el que se desarrolla el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 210.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

### Interpretación de la restricción del ejercicio del derecho a la libertad sindical en los supuestos de despido disciplinario durante el transcurso de la impugnación del despido en tanto no se dicte sentencia firme

Eva Láuzara | Abogada

› Tribunal Supremo Sala de lo Social, Sección Plena, Sentencia 295/2023 de 25 de abril de 2023, Rec. 4371/2019

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado que no existe vulneración de la libertad sindical por parte de la empresa en un supuesto donde, tras despido disciplinario, la empresa niega a los representantes de los trabajadores despedidos el acceso a las instalaciones de aquella para asistir a las reuniones del Comité de Empresa en tanto no se dictaba sentencia resolviendo sobre la impugnación del despido.

Así, el Tribunal Supremo se ha alineado con la postura de la empresa demandada en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, paralelo e iniciado con posterioridad a un procedimiento de impugnación en materia de despido, resolviendo de manera detallada el conflicto de la restricción de los representantes sindicales para ejercer sus funciones desde el momento en que son despedidos hasta que se dicte una sentencia judicial definitiva sobre el despido disciplinario.

El procedimiento en cuestión involucra a 3 demandantes que eran afiliados al sindicato CC.OO. y formaban parte del Comité de Empresa, siendo uno de ellos delegado sindical. Estos trabajadores fueron despedidos por motivos disciplinarios y presentaron una demanda para impugnar el despido en agosto de 2018.

Habiéndose iniciado el proceso de impugnación del despido, los representantes sindicales solicitaron, en dos ocasiones, acceso al centro de trabajo para poder asistir a las reuniones del Comité de Empresa, pero la empresa denegó dicho acceso debido a que éstos ya no estaban vinculados por una relación laboral con la misma y, por tanto, no tenían derecho a acceder al centro de trabajo. Ante esta situación, y previa denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, esta última resolvió el supuesto emitiendo un requerimiento a la empresa para garantizar los derechos sindicales de los trabajadores.

Tanto en primera instancia como en suplicación, el Juzgado de lo Social 9 de Barcelona y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimaron la demanda de tutela de derechos fundamentales presentada por los demandantes. El tribunal argumentó que, al producirse el despido, la relación laboral se extinguió y, por lo tanto, los representantes sindicales solo podrían ejercer sus funciones si el despido era declarado nulo o improcedente, tal y como se desprende de los artículos 284.c) y 302 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Además, se argumentó que la empresa había negado el acceso al centro de trabajo debido al despido, aunque no se negaba la condición de representantes de los trabajadores, si bien la empresa no se pronunció acerca de la condición de representantes de los trabajadores de los actores, y fue el propio comité de empresa quién procedió a sustituirlos.

Disconformes con la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, los demandantes interpusieron recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, sobre la base de la infracción del artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 28.1 de la Constitución Española, sosteniendo que el artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores no establece la extinción de la relación laboral como causa de extinción de la condición de representante de los trabajadores por lo que, si el despido ha sido impugnado, los trabajadores deben poder seguir realizando las funciones de representación en aras de mantener la necesaria interlocución con la empresa para defender los intereses de todas las personas trabajadoras, solicitando se les reconociera

el derecho a ejercer los derechos de representación hasta que se dictara una sentencia firme sobre la procedencia del despido.

El Pleno del Tribunal Supremo, al analizar el caso, fundamenta su argumentación en una serie de criterios jurisprudenciales. En primer lugar, señala que el despido disciplinario de los representantes sindicales supone la ruptura del vínculo representativo, lo cual tiene como consecuencia la pérdida de las facultades y prerrogativas inherentes a su condición. Esto implica que, en virtud de los ya mencionados artículos 284.c) y 302 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la garantía del ejercicio de las funciones de representación solo persiste durante la fase de recurso, no durante el procedimiento previo, y ello siempre y cuando el despido hubiese sido declarado como improcedente o nulo en fase de suplicación, no existiendo previsión legislativa para el periodo de tiempo que transcurre entre la fecha de efectos del despido y la resolución del juzgado.

El Tribunal Supremo destaca que los artículos 67.3 y 68 del Estatuto de los Trabajadores respaldan la idea de la ruptura del vínculo representativo una vez se produce un despido disciplinario. El artículo 67.3 establece que "los representantes sindicales no podrán ser despedidos ni sancionados por el ejercicio legítimo de su función representativa", lo que implica que el despido sí puede proceder en casos de incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones laborales, al amparo del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.

Así, se establece que únicamente existen dos vías para solicitar la continuidad en el cargo y en el ejercicio de las funciones de representante de los trabajadores en los supuestos de despido disciplinario mientras no se dicte sentencia firme sobre la calificación del despido. De esta manera, el representante de los trabajadores que haya sido despedido dispondrá de una doble posibilidad. De una parte, podrá solicitar con la presentación de la demanda (ya sea de despido o de tutela de derechos) medidas cautelares, en virtud de lo establecido en el artículo 180.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, requiriendo del juzgador la suspensión de los efectos del despido impugnado y el ejercicio del cargo y funciones representativas mientras se sustancia el procedimiento de despido; funciones que están tasadas y que, por lo tanto, únicamente podrán desempeñarse para determinadas funciones y facultades concretas. De otra parte, la segunda vía es la recogida o amparada por los ya citados artículos 284.c) y 302 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de que, si bien restituye al representante de los trabajadores de pleno en sus facultades, se trata de una medida provisional hasta que recaiga firmeza de la sentencia, y únicamente podrá ser de aplicación en caso de que en fase de recurso se haya calificado el despido, provisionalmente, como improcedente o nulo, supuesto que no se aplica en el presente procedimiento, ya que tanto en el juzgado de lo social como en fase de recurso ante el Tribunal Superior de Cataluña, el despido disciplinario de los actores fue declarado procedente.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que los demandantes no han demostrado que la restricción impuesta por la empresa les haya ocasionado un perjuicio real y actual en el ejercicio de sus funciones de representación sindical. Además, destaca que los representantes sindicales cuentan con otros mecanismos para proteger sus derechos, como la impugnación del despido y la eventual indemnización por despido improcedente. Así, en caso de que estos quisieran continuar desempeñando dicho cargo, deberían haber solicitado la aplicación de medidas cautelares en el momento de la presentación de la demanda de tutela de derechos al amparo de lo establecido en el artículo 180.2, si bien únicamente y como ya se ha mencionado, los supuestos son tasados.

Con todo, el Alto Tribunal ha considerado que el despido de los representantes sindicales no constituye una vulneración directa del derecho fundamental a la libertad sindical. Si bien reconoce que el despido disciplinario puede suponer una injerencia en el ejercicio de los derechos sindicales, esto no implica una vulneración automática, dado que la legislación vigente cuenta con mecanismos para hacer valer el ejercicio del derecho a la libertad sindical, y, en caso de que los actores hubiesen considerado la existencia de un perjuicio real y actual, tendrían que haber hecho valer su derecho mediante la solicitud de adopción de medidas cautelares.

## El Tribunal Supremo condena a una empresa por computar como absentismo laboral para el devengo de un “premio por presencia” el tiempo destinado al seguimiento de una huelga

Blanca Nieto | Abogada

› Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, número 128/2023 de 9 de febrero de 2023 (Rec. 2354/2020)

El derecho fundamental al ejercicio de huelga viene regulado en el artículo 28.2 de la Constitución Española (en adelante, la “CE”) en los siguientes términos: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

La ejecución del derecho subjetivo de huelga por parte de los trabajadores conlleva que la relación jurídica de trabajo se mantenga y quede en suspenso mientras se ejercita el derecho de huelga, sin derecho de estos últimos a percibir el salario que se devengaría durante el periodo de tiempo que los trabajadores deciden ejercitar su derecho a la huelga. Ello es susceptible de incluir, en principio, minoración de conceptos salariales en proporción al tiempo de ejercicio del derecho, que pueden cuestionar si se trata de una mera reducción salarial proporcional en un efecto natural asociado a las ausencias del puesto de trabajo o si, por el contrario, contienen un componente adicional que puede influir sobre el ejercicio de derechos o la tutela de valores dignos de protección.

Por tanto, se puede afirmar que, el hecho de que los trabajadores no tengan derecho al salario cuando ejercitan su derecho a la huelga equilibra, en cierto modo, los sacrificios entre las partes: el empresario sufre la paralización de la actividad de su empresa, mientras que los trabajadores dejan de percibir sus salarios en correspondencia al tiempo de no prestación de servicios por el ejercicio de este derecho.

Dicho lo anterior, la cuestión controvertida resuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo radica en determinar si es conforme a derecho o no la práctica empresarial consistente en computar como tiempo de absentismo el periodo de tiempo que los trabajadores han permanecido ejerciendo su derecho de huelga. En el caso enjuiciado, la cuestión es concretamente determinar la naturaleza y efectos del devengo de un concepto retributivo denominado “Premio por Presencia”.

El resumen de los hechos examinados radica básicamente en que se convocó una huelga general de 24 horas desde las 00:00 hasta las 24:00 horas, el día 8 de marzo de 2018 por el sindicato CGT, cuyo objetivo consistía en distintas reivindicaciones, procediendo la empresa (en este caso, Iveco) a computar las horas de huelga como absentismo laboral respecto de aquellos trabajadores que secundaron la convocatoria y a los efectos de devengo del citado “Premio por Presencia”, que regulaba el artículo 41 del Convenio Colectivo de Iveco España, centro de trabajo de Madrid, 2017-2019.

Anta tal comportamiento o decisión empresarial, el sindicato CGT presentó demanda frente a la empresa, en su propio nombre y en representación de diecisiete trabajadores afiliados que habían ejercido el derecho de huelga, mediante el proceso especial en materia de tutela de derechos fundamentales de libertad sindical y del derecho de huelga, demanda que fue, en primera instancia, estimada por un Juzgado de lo Social de Madrid y, posteriormente, desestimada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en vía de recurso de suplicación.

El sindicato CGT recurrió en casación aquel fallo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ante el Tribunal Supremo proponiendo como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2004 (Rec. 36/2003) y denunciando la infracción del artículo 28.2 de la CE y del artículo 6.1 y 2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, “Real Decreto-ley 17/1977”), actual legislación reguladora del ejercicio del

derecho de huelga conforme a su interpretación en clave constitucional profusamente reiterada por el Tribunal Constitucional.

La Sentencia de contraste propuesta por el sindicato CGT también versa sobre un supuesto en el que una empresa procedió a computar como absentismo el tiempo que los trabajadores habían utilizado para participar en la huelga general (en este caso, de 20 de junio de 2002), a los efectos, primero, de la percepción de un Plus de Asistencia, así como, segundo, a los efectos de los llamados incentivos en función de las ausencias, previstos en el Convenio Colectivo empresarial. No obstante, en este caso, y a diferencia de lo afirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el caso objeto de análisis, el Tribunal Supremo determinó que la conducta empresarial sí era contraria a los derechos recogidos en los artículos 28.2 CE y del Real Decreto-ley 17/1977.

Ante la presente contradicción, el Tribunal Supremo concluye determinando que la empresa vulneró, en efecto, el derecho de huelga de los trabajadores, condenando a Iveco a abonar al sindicato CGT una indemnización equivalente a 12.000 euros, como exige la regulación de aquella modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, que obliga al juzgador a pronunciarse expresamente sobre este aspecto.

Conclusión la anterior que los magistrados sostienen recordando que “cuando el convenio colectivo aplicable no contiene previsión alguna respecto a la incidencia de la huelga en el plus de asistencia y en el coeficiente corrector (en el presente caso es el premio por presencia), complementos ambos que tienen por finalidad reducir el índice de absentismo”, dicha ausencia de previsión no se puede interpretar en el sentido querido por la empresa.

Pues bien, en el caso examinado, el Convenio Colectivo no computaba como absentismo, a los efectos del “Premio por Presencia”, el accidente laboral, los permisos especiales por matrimonio, la enfermedad grave o el fallecimiento de un familiar de primer grado y los retrasos en el transporte de la empresa. En cuanto a la huelga, el Tribunal Supremo afirma que “no se excluía expresamente del cómputo”, pero “tampoco se incluía de forma expresa en dicho cómputo”. Por ello concluye que “solo cabría incluir el tiempo de ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo si el convenio colectivo lo hubiera establecido así expresamente, sin que el silencio del convenio pueda interpretarse en el sentido más desfavorable al derecho fundamental, sino que, por el contrario, ha de hacerse en el sentido más favorable al derecho fundamental”.

Adicionalmente, el Tribunal indica que “interpretar este silencio (del convenio colectivo) como pretende la empresa demandada supone una equiparación tácita del día de huelga al de ausencia injustificada al trabajo y, (a la vista del) carácter de fundamental que el derecho de huelga merece en la Constitución, tal interpretación no puede mantenerse y todo ello sin negar que en convenio colectivo pueda llegar a acordarse lo contrario”.

En definitiva, la Sala de lo Social del Alto Tribunal afirma que, para que el tiempo de huelga pueda incidir de manera negativa en el cómputo del correspondiente complemento, es preciso que así se haya hecho constar expresamente en el Convenio Colectivo de aplicación, debiéndose interpretar el posible silencio en el sentido más favorable al ejercicio del derecho fundamental y, en consecuencia, a su no descuento del complemento como si se tratara de tiempo no trabajado.

Por último, y respecto del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada, destacar brevemente que esta también recoge cuestiones procesales de interés, ya que, en contra de lo afirmado previamente por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, considera acertada la utilización de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales para resolver un caso como este en el que, aun no discutiéndose el derecho a la huelga propiamente dicho, sí se debate una cuestión de claro relieve constitucional directamente relacionada con el mismo, toda vez que una interpretación sobre ese elemento controvertido podría disuadir del ejercicio del derecho.

Así, el Tribunal Supremo no considera que estemos ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena a la tutela y protección del derecho de huelga, sino de alcance constitucional y relativo a derechos fundamentales de carácter laboral y, en consecuencia, atribuye la competencia a la específica modalidad procesal de

tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, expresamente afirma que “se trata de una cuestión de claro relieve constitucional”.

En vista de todo lo anterior, puede concluirse que el Tribunal Supremo trata de acotar o, incluso, minorar los sacrificios que, por su propia naturaleza, conlleva el ejercicio del derecho a la huelga para los trabajadores. Así las cosas, y si bien es cierto que los trabajadores en huelga deberían dejar de percibir sus salarios cuando se encuentran ejercitando su derecho a la huelga, el Tribunal Supremo, a través de pronunciamientos como el presente, parece limitar sensiblemente los sacrificios que conlleva el ejercicio del derecho a la huelga por los trabajadores, en tanto que afirma que ciertos conceptos retributivos claramente conectados con la prestación plena de trabajo no deberían verse afectados ni siquiera de forma proporcional al tiempo en que el trabajador de que se trate haya ejercitado su derecho a la huelga por el ejercicio del derecho fundamental a la huelga, atribuyendo a este derecho un valor superior que evita cualquier circunstancia disuasoria de su ejercicio. Con todo, téngase en cuenta que lo que también destaca el órgano judicial es la capacidad del Convenio Colectivo para establecer la solución contraria, de modo que corresponde a las partes negociadoras considerar este tipo de pluses como sensibles o impermeables a las ausencias derivadas del ejercicio del derecho de huelga.

### **El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara que el solapamiento de un festivo con el descanso semanal no obliga a la empresa a compensarlo con otro día distinto**

**Alejandro Pacios Delgado | Abogado**

› Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 141/2023, de 8 de febrero (Rec. núm. 1348/2022)

#### **1. El derecho al descanso semanal y los días festivos en el ámbito laboral**

El artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”) establece que los trabajadores tienen derecho a un descanso ininterrumpido de una duración mínima de día y medio a la semana y que, como regla general, debe comprender la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. A tal efecto, nuestros tribunales han venido defendido que los trabajadores no pueden disponer de su derecho al descanso semanal ni tampoco renunciar al mismo.

Este descanso guarda una estrecha relación con las fiestas laborales previstas en el artículo 37.2 del ET, en el que se indica que las fiestas laborales (que no pueden exceder de 14 al año), tienen carácter retribuido y no recuperable y, si bien los festivos deben disfrutarse, en principio, en la fecha de la solemnidad celebrada, se admiten excepciones por razones técnicas y organizativas.

#### **2. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Partiendo del escenario anterior, la reciente sentencia n.º 1741/2023, de 8 de febrero, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el “Tribunal”, el “TSJ” o la “Sala”) ha entrado a conocer de un supuesto en el que se cuestionaba la validez y consecuencias de la superposición de algunos festivos con el día de libranza semanal de determinados trabajadores.

Concretamente, el sindicato demandante plantea una demanda en materia de conflicto colectivo respecto de aquellos trabajadores de una empresa del sector textil que prestaban sus servicios en una jornada de lunes a domingo. En el caso de este colectivo de trabajadores, se disfrutaban del descanso semanal en un día fijo de la semana (distinto al domingo) preestablecido para cada uno al momento de fijar el calendario laboral de cada año.

El conflicto surge en la circunstancia en que el día de descanso semanal de estos trabajadores se solapara con un festivo legal (ya fuera de carácter estatal, autonómico o local), en la medida en que en aquellos casos la

empresa no otorgaba un día de descanso adicional a los efectos de ‘compensar’ ese día festivo. La negativa de la empresa a compensar con días de descanso adicionales este tipo de supuestos en la situación descrita obedecía, entre otras consideraciones, a que ya venía concediendo cuatro días de descanso adicional a los previstos en el convenio colectivo de aplicación para ese grupo de trabajadores (en contraste con el resto de los trabajadores de la empresa, a quienes se les concedían solo tres días de descanso adicional anual).

Es decir, que la cuestión estriba en determinar si, para el colectivo afectado descrito, en caso de que un trabajador sufra un solapamiento del día de descanso semanal prefijado con un festivo legal tiene derecho a disfrutar de un día compensatorio de descanso o si, por el contrario, ambos descansos (festivo y descanso semanal) se deben considerar disfrutados pese a su coincidencia en el mismo día.

Con base en estos antecedentes, el Tribunal razona que se debe distinguir entre el descanso (dominical o no) y los festivos. Por un lado, entiende la Sala que el descanso laboral debe entenderse como una medida y política de salud laboral, necesaria en todo caso para que el trabajador repose e interrumpa su actividad profesional. Dicho esto, para el Tribunal los festivos no tienen tal naturaleza, en la medida en que no es un descanso destinado al descanso y a la recuperación de la salud, sino que se encuentra dirigido a que el trabajador pueda ejercer el derecho (que no el deber) a participar en una celebración de la colectividad en la que está integrado. Y dado que las festividades se fijan por las autoridades de los distintos ámbitos territoriales, entiende la Sala que tienen también una dimensión de orden público que trasciende el derecho individual del trabajador.

Así, y dada esta finalidad ajena al descanso laboral, razona que el festivo no es trasladable en el calendario laboral por parte del empresario, sino que debe disfrutarse en su fecha. Y tal es precisamente el motivo por el que la normativa legal vincula al trabajo en festivo, cuando este no puede disfrutarse, consecuencias distintas a las que se anudan a la falta de disfrute de descansos laborales cuya finalidad principal es la salud laboral mediante la limitación de la jornada (como se produce en el caso del descanso semanal).

De hecho, el TSJ señala que (i) si bien la posible coincidencia del festivo con el descanso semanal ya está prevista en el artículo 37.2 del ET, (ii) esta se prevé únicamente en caso de que el festivo coincida en domingo (en cuyo caso se prevé el traslado al siguiente lunes), dado que la finalidad de descanso propia del descanso semanal y el disfrute del festivo se cumplirían, en cualquier caso.

Con base en lo anterior, el Tribunal entiende que esa vinculación del festivo con su fecha se debe manifestar en que si el concreto trabajador, a la vista de su calendario laboral, no debía prestar servicios en ese día no tenga derecho a compensarlo o disfrutarlo en otro diferente.

A la vista todo ello, concluye la sala desestimando la demanda al entender que la política mantenida por la empresa es la correcta, al entender que no infringe la normativa en materia de descanso ni del disfrute de festivos de su plantilla y que la predeterminación de los días de descanso de los trabajadores aleja toda sospecha de conducta fraudulenta (puesto que nos encontraríamos, a ojos de la Sala, ante una condición de trabajo perfectamente transparente y previsible para el trabajador afectado).

## Despido nulo durante el periodo de prueba por estar en situación de IT

**Paula Gaitán** | Abogada

› Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 31/2023, de 24 de enero de 2023

En fecha 24 de enero de 2023, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, actuando como ponente Joan Agustí, ha dictado una importante Sentencia en la

que se declara nulo el cese (por no superar el periodo de prueba) de un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal.

El trabajador comienza a prestar servicios en una constructora en fecha 02/07/2020 mediante un contrato de obra y servicios. En fecha 06/07/2020 inicia una situación de incapacidad temporal y finalmente en fecha 09/07/2020 se le informa de que no supera el periodo de prueba.

Recurre el trabajador la extinción y, en instancia, el Juzgado de lo Social desestima su demanda. Seguidamente, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, estimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor, revoca la Sentencia y declara que la extinción del contrato por no superar el periodo de prueba constituye un despido nulo por vulneración del derecho fundamental a la integridad física<sup>1</sup> reforzado por lo dispuesto en la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (que todavía no estaba vigente en el momento de los hechos).

Concretamente la Sentencia establece que:

*«hemos de concluir que la actuación de la demandada, cesando al demandante exclusivamente por su situación de incapacidad temporal, habiéndole instado previamente a su reincorporación, comportó indiscutiblemente una actuación negativa y perjudicial, reactiva al ejercicio de derechos constitucionales tan básicos como el de la salud ( art. 43 CE) y el del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social ( art. 41 CE), lesiva del derecho fundamental a la integridad física consagrado en el art. 15 CE. Estamos, en palabras de la invocada doctrina constitucional, ante "una determinada actuación u omisión de la empleadora" que, "en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad laboral ... podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado".»*

En la Sentencia se destaca que la cláusula tercera del contrato de trabajo establecía que la duración del presente contrato se extendería desde el 02/07/2020 fijando un periodo de prueba de un mes. Asimismo, ambas partes acordaron que, de suspenderse el contrato por alguna de las causas establecidas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, durante el periodo de prueba, se suspendería éste por el mismo tiempo, lo que no impediría que persista la posibilidad de ejercitar por cualquiera de las partes el desistimiento de la relación laboral. En relación con todo ello, el Juzgado de lo Social considera que la extinción contractual es ajustada a derecho.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares hace una interpretación distinta a la que realiza el Juzgado de lo Social de Palma ante la suspensión del periodo de prueba, en los términos que se reproducen a continuación

*«Previamente a exponer la censura jurídica formulada por el recurrente, hemos de recordar que la Sentencia de instancia, en su segundo fundamento jurídico, después de una extensa referencia jurisprudencial, concluye que la facultad empresarial de desistir del contrato durante el período de prueba no queda enervada por la situación de incapacidad temporal, que únicamente provoca la interrupción del cómputo de dicho período, pero no limita tal facultad extintiva.*

*A continuación, en forma sintética pero exhaustiva, recuerda la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE respecto al concepto de "discapacidad" como causa de discriminación, para concluir que la aplicación de dicha doctrina al caso de autos debe conducir a la desestimación de la demanda, al no apreciar en el demandante las notas definitorias de la situación de discapacidad por el mero hecho de encontrarse en el momento de su cese en situación de baja médica derivada de una dolencia o lesión que no se conoce y cuya duración no alcanzó un mes»*

El Tribunal resuelve que la situación de incapacidad temporal debió interrumpir el período de prueba, dado que ni en la declaración de hechos probados consta,

<sup>1</sup> Artículo 15 de la Constitución Española



ni en el escrito de impugnación al recurso se aduce razón alguna que permita entender que el cese por no superación del período de prueba obedeció a otra razón que no fuera la propia situación de incapacidad temporal por enfermedad comunicada el día 6 de julio.

Por lo tanto, al estar suspendido el periodo de prueba, no es posible finalizar el contrato por no superación de dicho periodo de prueba que, conforme a la normativa actual, y salvo excepciones, no requiere formalidad alguna por parte de la empresa, sino que se debe entender la extinción como un despido.

Posteriormente, y una vez determinado que la extinción es un despido, el magistrado entra a valorar la posible nulidad.

La sala concluye que -en los términos que regula la inversión probatoria el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- de las alegaciones de la parte actora se deducen la existencia de indicios fundados de discriminación o de la vulneración de otro derecho fundamental.

Esto viene motivado no solo por las alegaciones que se realizan por parte de la actora, sino también por la cronología de los hechos, habiendo pasado menos de una semana entre el inicio de la situación de IT y el cese.

La Sentencia se basa en jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la doctrina Daouidi para fallar a favor del trabajador declarando el despido nulo. Concretamente, la doctrina del Tribunal Constitucional, en sus SSTC 62 y 160/2007, señala que *"el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal", añadiendo que "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", se precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado".*

Y así se fundamenta que *"tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta".*

La Sala concluye, en su Fundamento de Derecho Séptimo que, incluso prescindiendo de tal razonable sospecha, el solo hecho de cesar al demandante por la única razón de estar en situación de incapacidad temporal, incumpliendo la previsión convencional de interrupción del período de prueba, establecida sin duda para impedir despidos como el producido, debiera llevarnos a la misma conclusión. Y es que la decisión empresarial se muestra reactiva a derechos tan elementales como son el de la protección de la salud y el acceso a las prestaciones (económica y sanitaria) de seguridad social, que son manifestación del derecho fundamental a la integridad física, como ha establecido la doctrina constitucional ya referida.

Coadyuva a la conclusión del Tribunal el hecho de que el legislador, para prevenir actuaciones como la actual, según la interpretación del magistrado, mediante la Ley 15/2022 para la igualdad de trato y la no discriminación, haya recogido como una de las causas de discriminación prohibida la «enfermedad o condición de salud», sin más adjetivos, como causa de discriminación distinta a la de «discapacidad».

En definitiva, es interesante cómo el magistrado, sin aplicar de una manera directa la nueva Ley 15/2022, la emplea para poder interpretar la doctrina anterior a favor de lo dispuesto en el precepto legal hasta llegar a considerar discriminatorio el despido de una persona en situación de incapacidad temporal que, aparentemente, no presenta semejanzas con una discapacidad.

## Coordinadores de la Newsletter

Copyright © 2023 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.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca



# Pérez-Llorca

---

**Castellana 50**  
28046 – Madrid

—  
**Castellana 259 A**  
28046 – Madrid

—  
**Diagonal 640, 8<sup>º</sup>A**  
08017 – Barcelona

—  
**17 Hill Street**  
W1J 5LJ – London

—  
**375 Park Avenue 38th floor**  
10152 – New York

—  
**Rue Belliard 9**  
1040 – Brussels

—  
**8 Marina Blvd**  
018981 – Singapore

**[www.perezllorca.com](http://www.perezllorca.com)**

